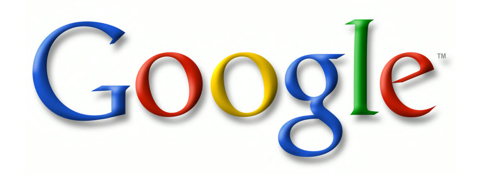
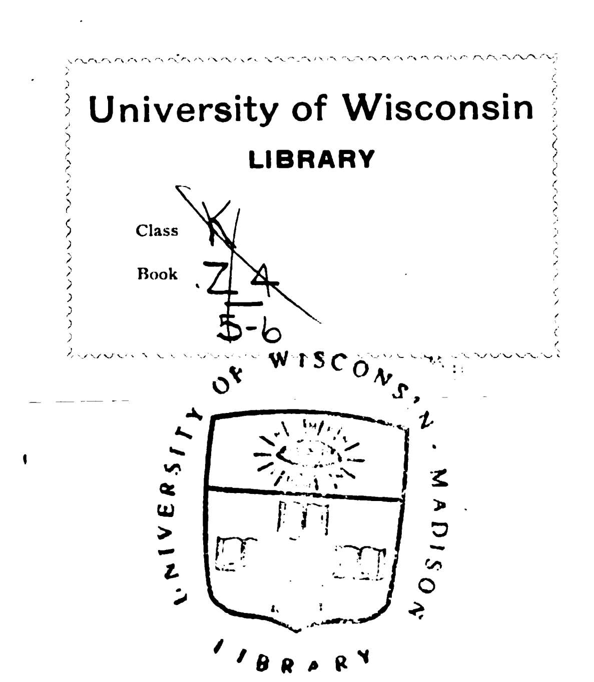






ZEITSCHRIFT

DER SAVIGNY-STIFTUNG

FÜR

RECHTSGESCHICHTE

HERAUSGEGEBEN

VON

P. v. ROTH, E. I. BEKKER, H. BÖHLAU,
A. PERNICE, R. SCHRÖDER.

FÜNFTER BAND

XVIII. BAND DER ZEITSCHRIFT FÜR RECHTSGESCHICHTE

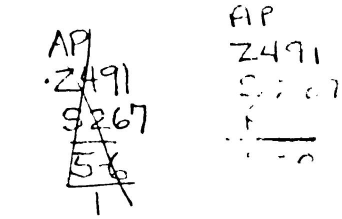
ROMANISTISCHE ABTHEILUNG

WEIMAR
HERMANN BÖHLAU
1884.





WEIMAR. — HOF-BUCHDRUCKEREI.



Inhalt des V. Bandes.

Romanistische Abtheilung.

Seite

Bekker, E. I., Zu den Lehren von L. A. sacramento, dem Uti-possidetis und der Possessio. (Schultze—Dernburg—Brinz.) 136. 288
Eisele, Zur ältesten Cognitur 191
Fitting, Ueber die Vaticanische Glosse des Brachylogus . . . 256
Huschke, E., Die Pariser Papiniansfragmente 181
Krüger, Paul, Die Pariser Fragmente aus Papinians responsa . 166
—„—, Ueber furtum conceptum prohibitum und non exhibitum 219
Pernice, Alfred, Parerga. II. Beziehungen des öffentlichen römischen Rechtes zum Privatrechte 1
Schirmer, Zur Lehre vom furtum 207
Schneider, Die lex Iunia Norbana 225

Litteratur:

Jousserandot, l'édit perpétuel 262
Besprochen von Professor Dr. O. Lenel in Kiel.

Landsberg, Die Glosse des Accursius und ihre Lehre vom Eigenthum 264
Besprochen von Professor Dr. L. Seuffert in Greifswald.

Erman, Zur Geschichte der römischen Quittungen und Solutionsakte 269
Besprochen von Dr. Friedrich Freund in Strassburg i. E.

Institutionum graeca paraphrasis Theophilo antecessori vulgo tributa, rec. E. C. Ferrini. Pars I 271
Besprochen von Geheimrath Professor Dr. Zachariä v. Lingenthal auf Grosskmehlen.

Piccinelli, Il pegno di servitù prediali 276

Ofner, Der Servitutenbegriff nach römischem und österreichischem Recht 279
Besprochen von Dr. Herbert Pernice in Hannover.

Willems, le sénat de la république Romaine. Sect. II . . . 283
Besprochen von Consistorialrath Professor Dr. J. Merkel in Rostock.

Mitteilung der Redaktion in Betreff einer, mit Unterstützung der Savigny-Stiftung von Dr. Paul Ewald zu veranstaltenden Edition der s. g. Avellanischen Sammlung 287

Preisaufgabe der Fürstlich Jablonowskischen Gesellschaft in Leipzig 288

Druckfehler-Berichtigung 288

I.

Parerga.

Von

Alfred Pernice.

II.

Beziehungen des öffentlichen römischen Rechtes zum Privatrechte.

Die neuere Anschauung, die man jetzt wol als die herschende ansehen darf, geht dahin, dass der römische Stat bei Abschluss von Rechtsgeschäften sich zwar der Formen des Privatrechtes bedienen kann[1]), dass seine Rechtshandlungen aber dieser Formen zu ihrer Giltigkeit nicht bedürfen. Auch das hat man vielfach mit Recht hervorgehoben, dass die publicistischen Rechtsgeschäfte manigfaltige Festsetzungen enthalten, die in rein privaten Vereinbarungen der klassischen Zeit unzulässig wären, und dass sie Wirkungen hervorbringen, wie sie das entwickelte Privatrecht nicht kennt. Beide Tatsachen lassen sich am besten in dem Satze zusammenfassen,

---

[1]) Vgl. statt aller Heyrovsky, leges contractus S. 16 A. 3. Häufig ist offenbar die Anwendung der Privatrechtsformen nicht gewesen; Beispiele dafür mangeln so gut wie ganz. Selbst Vitruv 1, 4. 12 ist zweifelhaft (Göppert, Zschr. f. R.-G. 4, 255). Die Beziehung auf Livius 31, 4. 2 sq. ist nicht entscheidend, selbst wenn man annehmen will, dass die Geschichte im J. 553/201 vorgefallen ist (Rudorff, Grom. Inst. S. 370). Der Zehnerausschuss, der hier ein Rechtsgeschäft in Form der Mancipation abschliesst, ist zur Landanweisung an Veteranen niedergesetzt. Er wird angegangen, eine Stadtgemeinde an einen anderen Ort überzuführen. Das liegt nicht in der Zuständigkeit der Zehnmänner. Man kann also immerhin denken, dass sie als vermittelnde Private handeln, wie sie Land ankaufen und in Form der Mancipation schenkweise vergeben. In der Tat berichten sie auch vorher nach Rom.

dass das statliche Vermögens- und Verkehrsrecht überhaupt nicht unter den Regeln des Privatrechts steht, sondern seinen eigenen Normen folgt [1]). Diese Normen aber sind die des öffentlichen Rechtes. Man kann daher noch einen Schritt weiter gehen.

Es bestehen in Rom drei Rechtssysteme ebenbürtig nebeneinander, das ius publicum, priuatum und sacrum. Sie sind sachlich abgegrenzt und dadurch streng geschieden, dass die Rechtweisung und damit die Rechtsfortbildung für jedes einer anderen Behörde zusteht. Die Fragen des ius publicum, soweit sie überhaupt in processualischen Formen ausgetragen werden, gehören vor den Censor, den Quästor, auch wol den Consul [2]); die des Privatrechts vor den Prätor und den Aedilen; die des geistlichen Rechts werden tatsächlich durch die Gutachten *(iudicatio)* der Sachverständigencollegien entschieden [3]). Das Verfahren weicht dabei wesentlich ab: bald magistratische Cognition, bald Geschworenenwahrspruch, bald Einholung massgebender Weistümer. Daraus folgt denn ganz von selbst, dass die Gestaltung der Rechtsinstitute und der Rechtssätze nach den drei Systemen eine verschiedene sein kann; dass es völlig unzulässig ist, den Satz oder das Institut des einen Systems als normal oder naturgemäss, die der anderen als Ausnahmsrecht zu bezeichnen; endlich dass eine wechselseitige Einwirkung, ja geradezu die Aufnahme von Sätzen und Instituten aus dem einen Systeme ins andere sehr wol denkbar ist. Neuerdings betont man mit Vorliebe den „fortschrittlichen Charakter" des öffentlichen Rechtes; eine ganze Anzahl höher entwickelter Institute und neuer Rechtsgedanken soll zunächst hier aufgekommen und ausgebildet und dann erst ins Privatrecht übergegangen sein [4]). Nicht von allen Rechtsgestaltungen, die man anführt, halte ich die statsrechtliche Herkunft für wahrscheinlich [5]). In anderen Fällen wird wol

---

[1]) Mommsen, röm. Staatsrecht 1, 162 ff.; 227 ff. — [2]) S. schon Bethmann-Hollweg, Civilprocess 1, 94 ff. — [3]) L. Gen. 66 (Bruns, fontes p. 113): de auspiciis . . augurum iurisdictio iudicatio esto; röm. Inschrift bei Bruns p. 240. 13: facultas — adeundi per querellam pontifices cc. vv., quorum de ea re notio est (Grabmulta). — [4]) Vgl. Heyrovsky S. 104 ff. und die dort Angeführten. — [5]) So namentlich ist mir die

der juristische Wert des öffentlichrechtlichen Instituts zu hoch angeschlagen, wie bei der Prädiatur. Und endlich darf man die Kehrseite der Sache nicht übersehen. Viele Sätze des öffentlichen Rechts hat die Privatrechtswissenschaft bestimmt und ausdrücklich abgelehnt, wie den Uebergang des Eigentums durch blosse Uebereinkunft. Und umgedreht sind Regeln des Privatrechtes ins öffentliche eingedrungen, vor allem durch den Fiskalprocess und die kaiserliche Procuratur, deren Wesen ohne das privatrechtliche Mandat gar nicht verständlich werden kann[1]).

Der Einwand liegt nahe, die theoretische Behandlung der Rechtssysteme hätte die innerlich gleichartigen Verhältnisse auch zu übereinstimmender rechtlicher Gestaltung führen müssen. Nennen doch die römischen Juristen ihre Wissenschaft mit Nachdruck die Kunde von den göttlichen und menschlichen Dingen. Indessen bei der Art ihrer Schriftstellerei macht sich die analoge Heranziehung von Normen anderer Rechtskreise durchaus nicht so von selber, wie es uns scheinen möchte. Die privatrechtlichen Werke sind nicht einmal dazu gelangt, Volksrecht und Amtsrecht zusammenzuarbeiten. Wenn man sich erinnert, wie hereditas und bon. possessio nebeneinander herlaufen, eins mit Regeln und Voraussetzungen, die das andere nicht gelten lässt, so wird man sich über das unvermittelte Nebeneinander von öffentlichem und Privatrechte nicht allzusehr verwundern. Innerhalb der civil- und ediktsrechtlichen Bücher verbot sich der Ausblick auf verwante Erscheinungen des ius publicum durch das Ueberwiegen der Kommentarform: selbst gleichartige Bildungen des Privatrechtes werden vielfach in schädlicher Weise unberücksichtigt gelassen. Wie das geistliche Recht vom bürgerlichen getrennt gehalten wurde, so dass man nicht einmal die Kenntnis des Civilrechtes als für die Pontifices erforderlich betrachtete, dafür haben wir ein bestimmtes Zeugnis[2]). Und es war wirklich so; das bestätigt die Tatsache, dass gerade die gelehrtesten Schriftsteller über geistliches Recht als Privatrechts-

---

Ausbildung des Systems der bona fides in der censorischen Praxis nicht einleuchtend: ich suche sie vielmehr im officium iudicis.

[1]) Mommsen, Staatsrecht 2b, 892; 1069 f. — [2]) Cicero de leg. 2, 47.

auktoritäten kaum in Frage kommen: sogar bei Capito scheint es so gestanden zu haben[1]). Die Bücher über ius publicum aber knüpfen durchweg an die einzelnen Aemter an, und geben Anweisungen zu ihrer Verwaltung[2]). Es kann nicht zweifelhaft sein, dass dazu auch die Rechtsgeschäfte gehörten, welche der Beamte im Namen des States abschloss. Die Rechtsgeschäfte mit den Göttern (uotum, deuotio, dedicatio, consecratio u. dgl.) werden, wie wir wissen, zum Sacralrechte gezählt[3]). Es ist also nur folgerichtig, die Rechtsgeschäfte mit dem State dem öffentlichen Rechte zuzuweisen. Allein wir haben dafür, soviel ich sehe, keinen unmittelbaren Beleg. Und so lässt sich der Beweis für diese ganze Aufstellung wesentlich nur aus dem Pragmatismus der Tatsachen heraus führen; denn des Ausonius *ius triplex* bleibt besser beiseite[4]). Es kommt sonach darauf an zu zeigen, wie sich mit dieser Theorie die eigentümlichen Erscheinungen des öffentlichen und Privatrechts einfach erklären: die Abweichungen in der Rechtsgestaltung und die gegenseitige Einwirkung.

In neuester Zeit sind zwei einander widerstreitende Anschauungen verteidigt worden, die beide von der hier zu Grunde gelegten sich wesentlich entfernen. Nach der einen sind die Besonderheiten der Sätze, die sich in den Verträgen des States mit Privaten finden, und der rechtlichen Wirkungen, die sie herbeiführen, lediglich aus der Amtsgewalt der vertragschliessenden Magistrate abzuleiten: die von ihnen abgefassten und von den Privaten angenommenen leges contractus haben die Kraft von leges speciales; sie sind demnach durchaus im Stande Ausnahmsrecht zu schaffen[5]). Diese Auffassung der Dinge schliesst sich eng an das bisher herschende System an, und vielleicht wäre eine Verständigung mit ihr möglich.

---

[1]) Labeo 1, 81 f. — [2]) Mommsen, Staatsrecht 1, 4 A. 4. — [3]) Cicero de leg. 2, 47; Labeo 1, 43 f. — [4]) Ausonius id. 11, 61: ius triplex tabulae quod ter sanxere quaternae: sacrum, priuatum, populi commune quod usquamst. — [5]) Heyrovsky, über d. rechtliche Grundlage d. leges contractus (1881), besonders scharf S. 83, S. 96. Das grosse Verdienst die Frage überhaupt aufgeworfen und in Fluss gebracht zu haben, bleibt dieser woldurchdachten, gutgeschriebenen Abhandlung, selbst wenn sie mit der Antwort nicht das richtige getroffen haben sollte. Vgl. jetzt in ähnlichem Sinne Hölder, Krit. Vjschrift 25, 515 ff.

Auf einen gerade entgegengesetzten Standpunkt stellt sich die andere Theorie, welche auf dem Grundsatze fusst, „dass der statsrechtliche Gedanke nur in den Formen des Privatrechts Leben gewinne“[1]). Sie bricht wieder mit den Ergebnissen manigfaltiger früherer Forschungen; es fragt sich, ob der alte Gedanke durch diese Erneuerung an Haltbarkeit gewonnen hat. Matthiass hat die Anschauung, von der er ausgeht, nicht allgemein dargelegt und begründet[2]). Er setzt

---

[1]) Matthiass, d. römische Grundsteuer u. das Vectigalrecht (1882), namentlich S. 31. Im Schlusskapitel (S. 75 ff.) erscheint diese Auffassung freilich bedeutsam abgeschwächt, ja fast aufgegeben. Denn S. 78 f., S. 84 wird die civilistische Unconstruierbarkeit des Vectigalrechtes im Grunde zugegeben („die Wirkung der lex contractus beim Vectigalrechte liegt . . . in der Natur des Rechtes selbst“). Vorher wird umgekehrt bei Gelegenheit des ager quaestorius und der trientabula als Argument geltend gemacht (S. 37, S. 38), anderen Erklärungen fehle das „civilistisch structive Princip“, sie „rückten das Verhältnis ausser den Bereich der Möglichkeit juristischer Construction“. — Auf die Ausführungen über die nachdiokletianische Steuerverfassung gehe ich nicht ein. Auch sie sind für mich in keiner Weise überzeugend: es kehrt hier die seltsame Meinung über die professio wieder (s. u. S. 11). — [2]) Der allgemeine Hinweis auf die Analogie der internationalen Verträge, insbesondere die Dedition, kann unmöglich als Begründung gelten. Denn Gaius 3, 94 unterscheidet die Stipulation aufs allerbestimmteste von den völkerrechtlichen Abmachungen (vgl. Mommsen, Staatsrecht 1, 237 A. 3), und die bequeme Form von Frage und Antwort zur Feststellung der vollendeten Abrede macht bekanntlich noch nicht die Sponsion (Pernice, Grünhuts Zschr. 6, 493; vgl. fr. 7 § 12 de pact. 2, 14). Unglücklich gewählt aber ist im Anschlusse an eine übereilte Aeusserung Laurents das Beispiel der deditio eines Volkes an Rom, die M. als Stipulation bezeichnet. Allerdings kommt diese Hingabe, wie es scheint, durch Frage und Antwort zu Stande (Livius 1, 38; Polybius 36, 2 und Livius 7, 31 erwähnen davon freilich nichts; Labeo 1, 171 A. 12): die Wirkung der Uebereinkunft aber ist ein receptum, ein specifisches Fidesverhältnis; ausdrücklich wird ihr die Eigenschaft als Foedus abgesprochen (Livius 8, 2. 13; Sallust Iug. 62, 3, vgl. 47, 3). Die Dedition macht Land und Volk zum Eigentume des röm. States, die dediti werden aber als Freie behandelt, der Beamte, der *in fidem recipit*, wird Patron der Unterworfenen (Cicero de off. 1, 35; Dionys 2, 11) und ein Senatsschluss kann das gesamte *morari in libertate* wieder beseitigen. Ein Privatrechtsgeschäft dieser Art gibt es in geschichtlicher Zeit nicht: ein Römer kann nicht Sklave des anderen werden. Höchst wahrscheinlich aber ist das privatrechtliche Gegenstück die applicatio (Cicero de or. 1, 177): sie ist auch ein Ergeben in die Fides des Patrons

sie viel mehr voraus, und sucht an den Beispielen des Bürgertributs und der Provinzialgrundsteuer darzutun, dass das Forderungsrecht des States und die Schuldverbindlichkeit der Untertanen, welche hier statt finden, den Ansprüchen des Privatrechts an ein Obligationsverhältnis genügten (S. 29). Aber dieser Nachweis ist schwerlich gelungen. Es ist notwendig, auf die beiden Institute genauer einzugehen.

I.

1. Bürgersteuer, Wehrpflicht, Frondienste.

Der Grundgedanke von Matthiass ist, dass die Verpflichtung der Bürger zur Leistung der Vermögenssteuer nicht schlechthin aus dem Untertanverbande herrühre; vielmehr beruhe die Verbindlichkeit des einzelnen Bürgers auf einem besonderen zwischen ihm und dem State bestehenden Obligationsverhältnisse. Der Bürger übernimmt durch die *professio* ausdrücklich die Pflicht zur Steuerzahlung; sie ist ein an die Stipulation sich „anlehnender" gegenseitiger Akt. Die dadurch begründete civilrechtliche Obligation wird ihrem Inhalte nach durch politische Rücksichten mitbestimmt, und erscheint deshalb nicht „in ihrer völligen Reinheit" (S. 29, S. 31)[1].

I. Stellt man sich einmal auf den Standpunkt, dass publicistische Verhältnisse lediglich durch die Formen des entwickelten Privatrechtsverkehrs Dasein gewinnen, so hat es guten Sinn die Obligation nicht ohne weiteres aus der Rechtsordnung abzuleiten. Die römischen Juristen scheinen zu ihrem Obligationsbegriffe ein doppeltes Erfordernis mehr vorausgesetzt, als aufgestellt zu haben: eine actio und einen auf Grund der Rechtsordnung sich vollziehenden Vorgang *(gestum).* An beiden Erfordernissen haben sie indessen nicht ganz strenge festgehalten: es gibt Obligationen, die im Wege der Cognition geltend gemacht werden, und es gibt Zustandsobligationen, bei denen kein Gestum vorhanden ist.

---

seitens eines Fremden, der aber nach seinem heimischen Rechte „sich selbst in der Gewalt hat": vgl. Mommsen, Forschungen 1, 360 f.; sogar Lange, Alterthümer 1, 246 f.

[1]) „Der Statszweck stört auch hier die Harmonie des durchgebildeten technischen Begriffes", heisst es S. 31 mit der vollen Ueberhebung der Privatrechtslogik. Sehr abgeschwächt S. 75 f.

Allein auf diese ganze Frage und die damit eng zusammenhangende Lehre von den Quasicontracten hier genauer einzugehen, würde zu weit führen und ist glücklicherweise nicht notwendig. Denn Matthiass hat das privatrechtliche Analogon zu den öffentlichrechtlichen Verhältnissen ganz sicher am unrichtigen Orte gesucht: es liegt nicht im Obligationen-, sondern im Familienrechte. Diese Parallele gilt für das römische Recht so gut wie für das heutige[1]: dort hat man oft genug den König als den Hausvater des römischen Volkes bezeichnet und behandelt[2]. Der Untertanverband, wie die Familienangehörigkeit, ist das erste; aus ihm ergeben sich gewisse Pflichten des Gehorsams. Und darauf erst bauen sich die statsbürgerlichen Befugnisse auf. Deshalb darf man, wenn man sich diese Dinge juristisch zurechtlegen will, nicht die Steuerpflicht allein ins Auge fassen: sie steht mit der Kriegsdienst- und Fronpflicht in der innigsten Verbindung. Das römische Statswesen ruht auf diesen persönlichen und Vermögenspflichten, genau so wie der Hausverband auf der persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit der Kinder: der Stat darf ohne weiteres die Leistungen von den Untertanen fordern; und sie müssen sich diesem Verlangen gehorsam erweisen.

Dagegen meint Matthiass (S. 30): „die Steuerforderung des States würde als ein ungerechtfertigter Eingriff in die Vermögenssphäre des Individuums erscheinen, läge ihr nicht ein civilrechtlicher Verpflichtungsgrund unter". Er tritt mit dieser stark individualistisch gefärbten Aeusserung erfolgreich der weit verbreiteten Anschauung entgegen, als ob die Einforderung des Tributums und die Aushebung zum Heere erst die Pflichten b e g r ü n d e. In der Tat übt der König nur kraft seiner Amtsgewalt (imperium) das bestehende Recht aus, indem er die Dienstpflichtigen zum Heere einberuft, die Fronden auflegt und die Steuern ausschreibt.

Andrerseits muss man eher von der entgegengesetzten Anschauung ausgehen: der römische Bürger steht dem State

---

[1]) Vgl. Gerber, Staatsrecht S. 46 ff.; besonders Laband, deutsches Staatsrecht 3, 168 ff. — [2]) Z. B. Rubino, Untersuchungen S. 137 A.; Schwegler, röm. Geschichte 1, 655 f.; Lange, röm. Alterthümer 1, 310 ff.

mit Person und Vermögen zur Verfügung, wie der Haussohn dem Vater. Der bedeutsame Unterschied ist aber, dass die Abhängigkeit des Haussohnes nur durch Sitte und Moral beschränkt ist, dass dagegen Wehr- und Steuerpflicht als gesetzliche Bürgerlasten angesehen werden müssen. Das bedarf kaum des weiteren Nachweises. Seit der servianischen Verfassung, die sich ja gerade als Heer- und Steuerordnung darstellt, kann darüber kein Zweifel sein. Durch dies Gesetz[1]) ist die allgemeine Wehrpflicht auch für die Plebeier und die Tributpflicht für die sämtlichen Ansässigen grundsätzlich festgestellt. Will man dafür noch einen besonderen Beleg, so ist er daraus zu entnehmen, dass die Befreiung von der Dienstpflicht in republikanischer Zeit durchgehends auf ein Gesetz oder einen Senatsschluss zurückgeführt wird, je nachdem es sich um ein ius singulare, z. B. die Militärfreiheit der Priester[2]), oder um die Entbindung einer einzelnen Person von der allgemeinen Verpflichtung handelt[3]). Durch diese gesetzlichen Bestimmungen ist aber der Grundsatz nicht aufgehoben, dass der Bürger für den Stat mit Gut und Blut einzustehen habe: sie bilden vielmehr nur Schranken für gewöhnliche Zeitläufe. In Fällen der Not hat der Senat die Consuln ermächtigt, über das Mass des Tributums hinaus das Privatvermögen anzugreifen, z. B. zur Flottenausrüstung[4]). Ebenso werden ausnahmsweise *(in maximo tumultu)* die Proletarier und Freigelassenen ins Heer eingestellt[5]). Darin, scheint mir, hat die Heeres-

---

[1]) Im allgemeinen wird die Einrichtung der servianischen Verfassung als einseitige Anordnung des Königs dargestellt (Cicero de rep. 2, 39; Livius 1, 42; Dionys 4, 15), wenn sich auch hie und da eine Hindeutung auf gesetzliche Begründung findet (Dionys 4, 23 p. 695; 5, 75 p. 1029; Livius (1, 44) selbst: lex de incensis lata). Der Gedanke dabei ist aber nicht, dass die Verfassung aus dem Amtsrechte hervorgieng; sondern Servius wird wie Romulus als Ordner des States durch leges datae gedacht; vgl. Lange 1, 460 f. — [2]) Appian b. c. 2, 50: *οὕτω δή τι Ῥωμαίοις ἐπίφοβα (τὰ ἔθνη τῶν Κελτῶν), ὡς ἐν νόμῳ τῷ περὶ ἀστρατείας ἱερέων καὶ γερόντων ἐγγραφῆναι κτλ.*; Asconius p. 68 (p. 60, 17 sq. K.). — [3]) Cicero de N. D. 2, 6: et agro a senatu et uacatione donatus est; Phil. 5, 53. — [4]) Livius 24, 11. 7; 26, 35. 2. — [5]) Gellius 16, 10. 11 sqq.; Sallust Iug. 86, 2; vgl. Polybius 6, 19. 3: *ἐὰν δέ ποτε κατεπείγῃ τὰ τῆς περιστάσεως, ὀφείλουσιν οἱ πεζοὶ στρατεύειν εἴκοσι στρατείας ἐνιαυσίους.*

reform des Marius ihre gesetzliche Basis, und die Schriftsteller knüpfen deshalb ihre Durchführung an einen gefährlichen Krieg, dem cimbrischen oder jugurthinischen, an.

Für die Verpflichtung zu Hand- und Spanndiensten ist die gesetzliche Grundlage zufällig ausdrücklich bezeugt. Sie geht nach dem Stadtrechte von Urso der Kriegsdienstpflicht vollkommen parallel [1]). Die Fronden dürfen nur auferlegt werden [2]) zwischen dem 14. und 60. Jahre [3]), und es ist hier ein bestimmtes, unüberschreitbares Mass von Leistungen, wie dort von „Feldzügen" gesetzt. Es wird nicht zu bezweifeln sein, dass diese Normen lediglich Nachbildungen der römischen Grundsätze sind [4]). Dass die römischen Bürger (doch wol insgesamt) fronpflichtig waren, ist unzweideutig überliefert [5]). Dass später eine Grenze für die zu beanspruchenden Leistungen gezogen worden ist, dürfen wir nach der Analogie des spanischen Stadtrechts vermuten. Für die Königszeit scheint die römische Wissenschaft kein bestimmtes Mass angenommen zu haben. Denn die tyrannische Willkür des Tarquinius Superbus wird darin gefunden, dass er die Bürger unbillig schwer zu Baudiensten nötigt [6]): die Formulierung des Vorwurfes zeigt, dass ihm keine gesetzliche Beschränkung entgegenstand.

II. Gegenüber dieser allgemeinen gesetzlichen Pflicht der Untertanen als solcher erscheint die Aufstellung der Steuerliste und der Stammrolle als ein reiner Verwaltungsakt des Censors. Es wird durch ein Edikt zum persönlichen Erscheinen entboten, und nach den eidlichen Angaben der Bürger selbst ein Verzeichnis der waffenfähigen Mannschaft und des Vermögens aufgenommen: beide Listen sind identisch; ja nach der bekannten Formel handelt es sich sogar um die Wehrpflichtigen an erster Stelle [7]). Wer sich dem Census

---

[1]) Lex col. Gen. c. 98 (Bruns, fontes p. 109). — [2]) dum ne inuito eius opera exigatur; vgl. Livius 39, 19. 4: ne inuitus militaret. — [3]) Vgl. fr. 3 pr. de cens. 50, 15, wo dieselben Altersgrenzen bei den Reichssteuern wiederkehren. — [4]) Mommsen, Staatsrecht 1, 172 f., 2, 469. — [5]) Livius 1, 56, 1; Cicero Verr. 5, 48; Plinius N. H. 36, 15, 107. — [6]) Livius 1, 59. 9; Dionys 4, 44 p. 753: *κωλύειν μὲν γὰρ οὐδέτεροι* (weder Patricier und Plebeier) *τὰ γιγνόμενα ἐπεχείρουν.* — [7]) Varro de l. L. 6, 86: omnes Quirites pedites *armatos* priuatosque . . uoca inlicium huc ad me.

entzieht, vereitelt die Aufnahme seines Namens in die für die Aushebung massgebende Stammrolle. Dafür ordnet das Gesetz als Strafe capitis diminutio maxima, Freiheitsverlust und Vermögensverwirkung an. Das ist nicht die hergebrachte Auffassung des *incensum uenire*[1]). Sie scheint mir indes in den Quellen begründet[2]), und dem Zusammenhange der gesamten Einrichtungen gemäss zu sein. Im Verkaufe des incensus eine Exekution zu finden[3]), geht, wie mich dünkt, nicht an. Denn es ist überhaupt noch gar keine bestimmte Geldforderung des States gegen den einzelnen Bürger vorhanden; diese ergibt sich erst aus der Ausschreibung und Verteilung des Tributums, und beide sind offenbar von der Steuereinschätzung ganz verschiedene Akte. Der Census wurde noch zu einer Zeit gehalten, wo die Erhebung des Bürgertributs tatsächlich bereits aufgehört hatte. Läge hier eine Zwangsvollstreckung vor, so wäre ihr späterer Ersatz durch unfreiwillige Einschätzung des Abwesenden[4]) nicht wol erklärlich; denn diese stellt sich als ein Verfahren in contumaciam dar. Man sieht daraus, was der Zweck der Strafandrohung war, nicht eine Geldleistung soll erzwungen werden, sondern persönliches Erscheinen beim Census und Mitwirkung bei Anfertigung der Urlisten.

---

[1]) Vgl. jedoch Madvig, Verfassung und Verwaltung d. röm. Staates 1, 400. — [2]) Denn sie führen die Massregel auf gesetzliche Anordnung zurück und bezeichnen sie als Strafe. Livius 1, 44, 1: censu perfecto, quem maturauerat *lege de incensis lata;* Gaius 1, 160: quae (c^is^ d^o^ maxima) accidit incensis, qui *ex forma censuali* uenire iubentur: das ist die auch in der lex Julia municipalis 147 (Bruns p. 103) erwähnte *formula census* (Mommsen, Staatsrecht, 2, 359f.); auf die gesetzliche Strafandrohung wurde also vernünftigerweise in der Censusausschreibung nochmals ausdrücklich hingewiesen. Dionys 4, 15, p. 676: *τῷ μὴ τιμησαμένῳ τιμωρίαν ὥρισε τῆς τε οὐσίας στέρεσθαι καὶ αὐτὸν μαστιγωθέντα πραθῆναι;* 5, 75 p. 1029: *ἐν ὀλίγῳ δὲ χρόνῳ πάντων τισαμμηένων διὰ τὸ μέγεθος τῆς τιμωρίας· τήν τε γὰρ οὐσίαν ἀπολέσαι τοὺς ἀπειθήσαντας ἔδει καὶ τὴν πολιτείαν.* Damit könnte es zusammenhangen, dass Cicero p. Caec. 99 sagt: *populus* incensum uendit. Vgl. auch tab. Bant. osca Z. 19 sqq. (Bruns p. 49). In den von Dareste, N. Revue historique de droit 7, 361 veröffentlichten Bruchstücken heisst es: *incensorum crimine* und scheint [incen]sorum poenis (B) sichere Ergänzung. — [3]) Mommsen, Staatsrecht 2, 354 f. — [4]) Gellius 5, 19. 16: absentis censeri iubere, ut ad censum nemini necessus sit uenire. Cicero ad Att. 1, 18. 8.

III. Hiedurch wird nun auch die Bedeutung der *professio* klar: sie ist die gesetzlich bei Strafe geforderte persönliche Mitwirkung des Bürgers zur Feststellung der Censusliste. Für die Behauptung, dass die professio die Uebernahme einer Obligation dem State gegenüber gewesen sei, findet sich, soweit ich sehe, nicht der geringste Anhalt. Im Gegenteil: nach allem, was wir wissen[1]), lässt weder ihre Form noch ihr Inhalt sie als Begründung einer Schuldverbindlichkeit erscheinen. „Der Verlauf der Eidesleistung in solenner Frage und Antwort ist bezeugt“, sagt Matthiass (S. 30)[2]). Allerdings scheint es, dass der allgemeine Eid (*commune omnium ciuium iuramentum)* vorgesagt und dass von den Bürgern lediglich die Schwurformel gesprochen wurde. Natürlich enthielt aber dieser Eid nur das Versprechen richtige Angaben zu machen. Darin also liegt nicht der Schatte einer Obligationsübernahme. Sicher ist weiter, dass der Censor den einzelnen Bürger mit festbestimmter Wendung *(ex animi sententia)* fragte, und dass dieser darauf antworten muste. Allein es ist schwer zu sagen, wie dadurch eine persönliche Verbindlichkeit des Antwortenden begründet werden soll. Denn die Fragen bezogen sich nicht allein auf das Vermögen, sondern ebenso auch auf Namen, Alter und Familienverhältnisse. Beides aber darf man nicht voneinander reissen; die auf Grund dieser Aussagen hergestellten Listen dienten ja gleichmässig der Aushebung und der Besteuerung. Wie man die Angaben der Bürger auffasste, zeigen die Redensarten *rationes reddere* und *in censum accipere*, die von der Selbsteinschätzung und deren Entgegennahme gebraucht werden[3]), und die wegen der möglichen „Nach-

[1]) Aus den Quellenzeugnissen, die Matthiass gröstesteils selbst anführt: Cicero de or. 2, 260; Livius 39, 44. 1; 43, 15. 6; Dionys 4, 15 g. E.; Gellius 4, 20. 3; 17, 21. 44. — [2]) Er beruft sich vor allem auf Gellius 6 (7), 11. 9: ich finde hier nichts, was sich für seine Behauptung verwerten liesse, ausser höchstens der Formel *dedicare in censum*, „bei der Schätzung angeben“, die technisch war (Cicero p. Flacco 79 sq.). *Dedicare* und *publicare* werden abwechselnd gebraucht für die Hingabe zu öffentlicher Verwendung. So ist wol auch hier an Widmung für Statszwecke, zur Verfügung Stellen zu denken (Plinius ep. 1, 8. 2; ad Traian. 116; Sueton Claud. 21; CIL. 3, 607; 3116 (= Orelli 1632 c. add.); 3202 (= Or. 5272); vgl. Labeo 1, 269 f.). — [3]) Plautus Trin. 879 (4, 2. 20): census quom [sum], iuratori recte *rationem*

prüfung der Rechnung" vor endgiltigem Schlusse der Listen gerade sehr bezeichnend sind. Besonders anschaulich wird das Ganze durch zwei Vorgänge. Einmal durch das Verfahren der Censoren des J. 585/169. Sie fügen dem gewöhnlichen Eide eine Klausel hinzu, in der jeder iunior versprechen muss, sich bei der Aushebung zu stellen[1]). Eine solche Zusage war unerhört; die Censoren finden sich zu diesem Zusatze lediglich dadurch veranlasst, dass die Consuln, um sich populär zu machen *(consules ambitiosi)*, nur Freiwillige zu Soldaten nehmen *(neminem inuitum militem ab eis fieri)*: unzweifelhaft also hätten sie auch Widerwillige ausheben dürfen[2]). Dann aber zeigt zweitens das Vorgehen der Triumvirn i. J. 712/42 deutlich, wie wenig zur Begründung der Steuerpflicht der Bürger eine professio erforderlich war. Ein Census war damals seit Jahrzehnten nicht gehalten; also wird die Mehrzahl der Bürger uneingeschätzt gewesen sein. Die Triumvirn schreiben durch ein Edikt eine hohe Steuer für Frauen und Männer aus; sie ordnen durch dasselbe Edikt Selbsteinschätzung an und drohen Strafen für unrichtige Angaben[3]). Ein formales Unrecht begehen sie damit offenbar nicht: auch der Senat hatte ein Jahr

---

dedi; Varro de l. L. 6, 86: si quis pro se siue pro altero *rationem dari* uolet.

[1]) Livius 43, 14. 5. — [2]) Matthiass geht sogar noch weiter. Er behauptet, die professio sei die Form gewesen, in der sich der Bürger dem State verpflichtete. Zum Beweise beruft er sich auf die tabula Baebianorum (s. auch S. 73 A. 2). Das ist in der Tat dem Wortlaute der Alimententafeln gegenüber schwer verständlich. Das *profiteri* bedeutet hier lediglich Angebot (von Grundstücken zur Belastung) unter Wertangabe: denn damit die jährlichen Zahlungen sicher stünden, musten die Grundstücke *longe pluris* als das darauf bestätigte Kapital sein, wie selbstverständlich (Plinius ep. 7, 18). In der veleiatischen Stiftung heisst es immer: professus est — accipere debent X. H S. et *fundum obligare;* in der bäbianischen Tafel steht das *obligarunt praedia* voran und von *profiteri* ist gar nicht die Rede, sondern der Wert der Grundstücke wird urkundlich festgestellt (Bruns fontes p. 224 N.). Wie die Obligation vor sich gieng, darüber ersehen wir leider aus den Tafeln nichts (s. unten II, 2. 4). — [3]) Appian b. c. 4, 32 *(καὶ αὐτὰς ἔδει τὰ ὄντα τιμωμένας ἐσφέρειν . . ὅσην ἑκάστην οἱ τρεῖς δοκιμάσειαν)*; 34 *(τετρακοσίας ... προὔγραφον ἀποτιμᾶσθαι τὰ ὄντα)*; vgl. Dio Cass. 47, 14 sqq. Zur Sache Drumann, Geschichte Roms 1, 381 f.

vorher ein Tributum erhoben[1]); die Frauen wissen nur anzuführen, es sei kein tumultus Gallicus, d. h. kein äusserster Notstand vorhanden; deshalb dürften sie nicht herangezogen werden.

IV. Steht so durch das Gesetz die Pflicht zu Steuern, Kriegsdienst und Fronden, durch die Liste die Zahl und Steuerkraft der einzelnen Bürger fest, so heisst das nur, dass jeder auf Erfordern leisten muss, dass umgekehrt der Beamte von ihm fordern darf. Der Bürger ist nicht verbunden von selbst zu leisten; er ist nur gehalten, einer Anweisung Folge zu geben: tritt der Bürger ohne eine solche ins Heer, so ist er eben trotz aller professio ein Freiwilliger. Das ist ein wesentlicher Unterschied von der privatrechtlichen Obligation; es zeigt von neuem, dass die professio kein dem privaten ähnliches Schuldverhältnis begründet, auch keine incerta, keine condicionalis obligatio. Die Anforderung des Beamten ist nicht Geltendmachung einer bestehenden Obligation gegen den einzelnen Bürger, sondern sie begründet erst die concrete, bestimmte Leistungspflicht des einzelnen. Sie ist nicht Vorbereitung der Klage, ähnlich wie die Mahnung, sondern sie ist Ausübung des Amtsrechtes, Gehorsamserzwingung, *imperium*, Bann. Sie ist endlich nicht Erfüllung einer bei der Obligierung gesetzten Bedingung, sondern ein Befehl, dem aus allgemeinen Gründen, gemäss der Bürgerpflicht, gehorcht werden muss, wie der Gewaltunterworfene dem Gebote des Hausherrn zu folgen hat[2]).

Der Befehl ergeht stets auf Grund der Amtsgewalt des Magistrates. 1) Bei der Aushebung zum Heere ist das ganz klar. Der Aufruf des Consuls ist ein Edikt an die gesamte dienstpflichtige Mannschaft[3]): alle müssen erscheinen; der Consul wählt unter ihnen nach bestem Ermessen, er weist

---

[1]) Dio Cass. 46, 31; Cicero ep. 12, 30. 4; ad Brut. 1, 18. 5; vgl. Schiller, Geschichte der Kaiserzeit 1, 38. 56. — [2]) Die Analogie zur fränkischen Rechtsgestaltung glaube ich im Texte hinreichend angedeutet zu haben; ich verfolge diese Parallele nicht weiter: Sohm, fränk. Gerichtsverfassung S. 102 ff.; namentlich S. 118 f. — [3]) Polybius 6, 19. 5: *προλέγουσιν* (edicunt) *ἐν τῷ δήμῳ τὴν ἡμέραν, ἐν ᾗ δεήσει παραγενέσθαι τοὺς ἐν ταῖς ἡλικίαις ἅπαντας* (iuniores). Livius 2, 55; 3, 69. 6 sq.

die untauglichen zurück (dabei hat er einen ziemlich weiten Spielraum)[1], und natürlich nimmt er nur soviele, als er für den zu bildenden Heereskörper bedarf. Ueberschüssige sind für dieses Jahr dienstfrei. Wenn nun ein Bürger *citatus non respondet* oder wenn er sich geradezu weigert ins Heer einzutreten, so widerstrebt er damit zunächst dem magistratischen Banne. Es kann daher mit den gewöhnlichen Zwangsmitteln des Imperiums gegen ihn vorgegangen werden; das ist Verhaftung, Androhung von Brüchten (multa), Pfändung, körperliche Züchtigung: für alles dies haben wir Beispiele in den Quellen[2]. Alle diese multae haben nur den Zweck, den Widerstand des Ausgehobenen zu brechen und seine Zwangseinstellung zu vermitteln. Bekanntlich kommt aber daneben auch Verkauf in die Sklaverei und Vermögenseinziehung vor. Das ist, so scheint mir, nicht mehr multa, sondern poena. Der Vater hatte die Befugnis, den Haussohn als Knecht ins Ausland zu verkaufen[3]; dass aber auch dem Consul dieses Recht kraft seines Imperiums zugestanden habe, muss man bezweifeln. Wie ihm die Befugnis zur Hinrichtung entzogen wurde, während sie dem Hausvater geblieben ist, so wird es auch mit dem parallelen Rechte gewesen sein: denn der Verkauf trans Tiberim erscheint als poena capitis. Zu läugnen ist freilich nicht, dass dem die bekannte Erzählung von M.' Curius Dentatus entgegensteht, wie sie meist überliefert wird: er verkauft den Widerspenstigen sofort[4]. Allein dieser Fall wird ausdrücklich als erster dieser Art, d. h. als Ausnahme bezeichnet[5]. Und dafür, dass hier eine wirkliche Strafe verhängt wird, spricht einmal 1) Ciceros Ausführung, der die Fälle des *incensus* und des *non respondens* zusammenfasst, und in beiden von einem Aberkennen der Freiheit und einem

[1]) Cicero de or. 2. 275 sq.; Livius 6, 6. 14. — [2]) Livius 2, 55; 7, 4; Dionys 8, 81 p. 1707; Gellius 11, 1 (?). — [3]) Daran halte ich fest trotz dem Widerspruche von Cohn, Beiträge 2, 71 f. — [4]) Varro bei Nonius p. 19, 11 G.; Valerius Max. 6, 3. 4. — [5]) Livius per. 14. Hier heisst es übrigens nur: *bona primus vendidit*, vom Verkaufe des incensus selbst ist nicht die Rede. Man könnte also auch an eine Einziehung des Gesamtvermögens als Büssung denken. So scheint Augustus nach der Niederlage des Varus wirklich vorgegangen zu sein. Dio Cass. 36, 23: *τήν τε οὐσίαν ἀφείλετο καὶ ἠτίμωσε.* Durch die Infamie ist natürlich der Verkauf in die Sklaverei ausgeschlossen.

Verkaufe durch das Volk redet[1]). Damit stimmt die juristische Auffassung überein[2]). In der Tat haben wir ferner 2) als Beispiele für den Verkauf nur solche, wo die Dienstpflichtigen sich absichtlich durch Verstümmelung untauglich gemacht haben, also ohnehin nicht eingestellt werden können[3]). Und endlich 3) erklärt sich so die Aeusserung des Dionys, der sämtliche hier anzuwendende Zwangsmittel als gesetzliche Strafen auffasst[4]). Jedesfalls — und das entscheidet gegen Matthiass — sind sie alle grundverschieden von obligationenrechtlicher Exekution.

Etwas anders stellt sich das Verhältnis 2) bei der Steuererhebung. Durch die Profession ist der Bürger zu keiner Leistung verpflichtet; denn es steht ja noch gar nicht fest, ob und in welchem Umfange das Tributum in dem betreffenden Jahre erhoben werden wird. Erst die Tributausschreibung *(tributum imperare)*[5]) bestimmt beides: jetzt weiss jeder Bürger genau, wie hoch sich seine diesjährige Steuerschuld an den Stat beläuft. Die Steuerausschreibung ist demnach Handhabung der Banngewalt; sie setzt das Imperium voraus und erfolgt deshalb stets durch die Consuln, wie die Aushebung[6]). Nunmehr ist erst eine Obligation gegen den Stat, d. h. das Aerar, auf Seiten des einzelnen Bürgers begründet: er hat sich durch

[1]) Cicero p. Caec. 34, 99. — [2]) Fr. 4 § 10 de re mil. 49, 16: Grauius autem delictum est detrectare munus militiae quam adpetere: nam et qui ad dilectum olim non respondebant, ut proditores libertatis in seruitutem redigebantur. sed mutato statu militiae recessum *a capitis poena* est: quia plerumque uoluntario milite numeri supplentur. — [3]) Sueton Oct. 24 (vgl. fr. 4 § 11 de re mil.); Valerius Max. 6, 3. 3. — [4]) Dionys 10, 33 p. 2078: *συγγνώμην οὐδενὶ διδόντες οὐδεμίαν, ἀλλὰ ταῖςἐκ τῶν νόμων τιμωρίαις εἴς τε τὰ σώματα καὶ τὰς οὐσίας πικρῶς χρώμενοι* (nachher Verhaftung!); 10, 43 p. 2104: *(τῶν δημάρχων) τὰς ἐκ τῶν νόμων τιμωρίας οὐ συγχωρούντων* (bei der Aushebung). — [5]) Z. B. Plautus Epid. 227 (2, 2. 43): at tributus quom imperatus est, negant pendi potis. — [6]) Die Consuln werden regelmässig durch einen Senatsschluss veranlasst, mittelst Edikts das Tributum zu befehlen: Livius 23, 31, 1: senatus . . decernit, ut . . duplex tributum *imperaretur;* 24, 11. 7: cum deessent nautae, . . . cousules ex senatus consulto *edixerunt;* 26, 35. 2: *edixerunt* consules, ut priuatim ex censu ordinibusque . . . remiges darent (mit Weissenborns Note); vgl. 29, 15. 9. So war es ja auch bei der Aushebung die Regel: Mommsen, Staatsrecht 2, 124; 1, 117 A. 4; 2, 91 A. 3.

Leistung des Steuerbetrages zu lösen, genau wie er dem Stellungsbefehle folgen muss, genau so wie er bei uns zu zahlen hat, wenn ihm der Steuerzettel zugeschickt wird. Von hier ab indes ist der Weg zur Beitreibung der Steuerschuld dem bei der Aushebung eingeschlagenen nicht mehr vollständig parallel. Denn bekanntlich schiebt sich an dieser Stelle der tribunus aerarius ein, dessen Funktionen und Verwaltungsmittel wir nicht kennen[1]). Er, so scheint es, wird als dem Aerare persönlich haftbar angesehen; er ist Statsschuldner. Die pignoris capio, die den einzelnen Soldaten gegen ihn zusteht, lässt sich nach Analogie des aes hordearium und equestre füglich nur daraus erklären, dass dem Soldaten die Statsforderung gegen den tribunus attribuiert wurde[2]).

Nach dem Stadtrechte von Urso werden 3) die Fronden vom Gemeinderate angesagt, und die Arbeiten von den Aedilen beaufsichtigt[3]). Das erstere ist erklärlich: in den Landstädten rückt der Gemeinderat häufig ganz und gar an die Stelle der Duovirn, wo es sich um Massregeln des imperium handelt. In Rom erfolgte auch hier jedesfalls auf Senatsschluss ein consularisches Edikt. Wir wissen, dass die Einziehung der Bürger zu Fronden dem Könige zustand und oblag, also gewis auch in der Machtbefugnis des Consuls enthalten war; und der Kunstausdruck ist auch hier *operae imperatae*[4]). Dass aber die Aedilen lediglich die Ausführung der Arbeiten zu überwachen haben, kann nicht zweifelhaft sein: höchstens vielleicht nahmen sie die Interessen der Fronpflichtigen dem Consul gegenüber wahr[5]).

Nach allem dem haben wir es in diesen drei eng zusammen gehörigen Fällen mit publicistischen Verbindlichkeiten zu tun; sie ergeben sich als allgemeine gesetzliche Pflichten

---

[1]) Marquardt, Staatsverwaltung 2, 168 f.; Matthiass (S. 44) vermutet, der säumige Steuerzahler sei behandelt worden wie der incensus, und daraus habe sich dann das Generalpfandrecht des Fiscus wegen rückständiger Abgaben entwickelt. — [2]) Varro bei Gellius 6 (7), 10; Gaius 4, 22; vgl. Mommsen 2, 539. — [3]) Lex Gen. 98: quamcumque munitionem decuriones huiusce coloniae decreuerint . . ., eam munitionem fieri liceto . . . eique munitioni aed[iles] qui tum erunt ex d. d. praesunto. uti decurion[es] censuerint, ita muniendum curanto. — [4]) Cicero Verr. 5, 48. — [5]) Mommsen 2, 469 f.

aus dem Untertanverbande; sie werden nach Massgabe des öffentlichen Rechtes von den Beamten kraft ihres Bannes festgestellt, auferlegt und erzwungen.

V. Dieser Anschauung gegenüber legt Matthiass (S. 29f.) grosses Gewicht auf Papinians Ausführung in fr. 5 pr. de cens. 50, 15: er sieht darin einen sicheren Beleg für die vermögensrechtliche Specialobligation, als welche ihm die Steuerpflicht des römischen Bürgers erscheint:

> Cum possessor unus expediendi negotii causa tributorum iure conueniretur, adversus ceteros, quorum aeque praedia tenentur, ei, qui conuentus est, actiones a fisco praestantur; scilicet ut omnes pro modo praediorum pecuniam tributi conferant. nec inutiliter actiones praestantur, tametsi fiscus pecuniam suam reciperauerit, quia nominum uenditorum pretium acceptum uidetur.

Allein mich dünkt es zunächst unbestreitbar, dass diese Auseinandersetzung sich nicht auf das alte Bürgertribut beziehen kann, wie Matthiass (S. 29f., S. 43 f.) will[1]: Papinian spricht, mein ich, unverkennbar von Grundstücken in einer kaiserlichen Provinz. Aber auch wie die Stelle auf das sg. neue Tributum gehen soll, ist nicht wol abzusehen: denn Papinian setzt den Unterschied zwischen ciues und peregrini innerhalb des römischen Reiches selbstverständlich noch voraus; die neue Steuer beginnt nach Matthiass selbst (S. 9) erst mit Caracalla. Das Verhältnis ist hier m. E. so zu denken, dass der Fiscalprocurator die gesamte Grundsteuer des Bezirkes von Einem Pflichtigen allein einzieht[2]; es wird also eine

[1]) „Dass die l. 5 ursprünglich vom tributum ciuium handelte, ist oben § 2 ausgeführt", sagt M. S. 30 A. 1. Ich finde einen solchen Nachweis nirgends. — [2]) Lediglich in dieser von Papinian vorausgesetzten Gesamthaftung liegt m. E. die Schwierigkeit der Stelle. Es handelt sich hier anscheinend um eine der ἐπιβολή constantinischer und späterer Zeit sehr ähnliche Einrichtung (Zachariä, Geschichte des griechisch-römischen Rechts S. 201 ff.). Möglich ist es, dass sich in der Praxis der Steuerverwaltung schon unter den Severen die bequemere Art der Hebung ausbildete, von einem consors des Bezirkes den ganzen Betrag der Grundsteuer einzufordern und ihm den Anspruch gegen die übrigen abzutreten. Darauf könnte die Wendung *expediendi negotii causa* deuten. Das hatte so lange keine Schwierigkeiten, als die Grundsteuer nicht drückend und deshalb noch keine Neigung zur Desertion der

Gesamthaftung der Grundbesitzer eines Bezirkes angenommen. Dem Zahlenden wird dann die „Klage" gegen die übrigen abgetreten, oder vielmehr die Abtretung gilt durch die Zahlung als erfolgt. Die Schwierigkeit, die Papinian hier findet, ist klar: sie ist von dem Bürgschaftsregresse her ebenso wol bekannt, wie das construktive Hilfsmittel der *uenditio nominis*[1]). Darüber aber hat der Jurist gar kein Bedenken, dass die Fiscal-(Stats-)Forderung in den Händen eines Privaten zur einfachen actio wird. In der Tat ist dieser Uebergang schon bei der Attribution geläufig und althergebracht. Die private Obligation erscheint regelmässig als actio: das ist ein Ausfluss des römischen Actionensystems, in das man sich immer noch nicht hineindenken will oder kann. Allein daraus ergibt sich in keiner Weise, dass actio und obligatio schon vorher beim State in der nämlichen Form vorhanden gewesen sein müsten: der publicistische Anspruch nimmt eben private Gestalt an, sobald er auf einen Privaten übergegangen ist und geltend gemacht werden soll. Er ist damit von seiner öffentlich-rechtlichen Grundlage abgelöst und stellt sich lediglich noch als vermögensrechtliche Forderung dar. Ganz ähnlich verhält es sich, wenn der Vater seinen Niessbrauch am Kindesvermögen (d. h. die daraus zu ziehenden Früchte) verpfändet: ihm steht der Ususfruct wegen seiner familienrechtlichen Beziehung zum Sohne zu; der Pfandgläubiger aber hat ein reines Vermögensrecht. Allerdings kann der an Stelle des States tretende Gläubiger unter Umständen die besonderen Zwangsvollstreckungsmittel, wie die Statsbeamten, haben, z. B. pignoris capio[2]). Das ändert aber an actio und obligatio nichts. Endlich: die fiscalischen Ansprüche, von denen hier die Rede ist, sind auch nach dem Uebergange der Fiscalsachen an den kaiserlichen Procurator immer noch als Privatforderungen aufgefasst worden. Für die Theorie von Matthiass

Aecker vorhanden war. Als aber seit Diocletian (Lydus de mag. 1, 4 a. E.) die Steuererhöhungen eintreten, da werden einerseits Epibole und Näherrecht gesetzlich geregelt, andererseits die Solidarhaft abgeschafft: c. un. ut nullus 11, 57. Vgl. Huschke, Census S. 141 f.

[1]) Vgl. Pernice, Zschr. f. Handelsrecht 21, 323; Keil, beneficium cedendarum act. S. 14 ff. — [2]) C. 2 de his qui in pr. cred. 8, 18; c. 7 de priuil. fisc. 7, 73.

lässt sich, scheint mir, aus dem allem keine Stütze gewinnen.

2. Verwante Gestaltungen.

Darauf, dass diese publicistischen Obligationen eng mit den familienrechtlichen Verbindlichkeiten zusammengehören, ist bereits bestimmt hingewiesen worden. Das wesentliche bei den letzteren ist, dass die persönlichen Leistungen und die vermögensrechtlichen Pflichten des Hauskindes unmittelbar aus der Gestaltung des römischen Agnatenhauses hervorgehen: sie werden dem Sohne kraft der väterlichen Gewalt abgefordert und er hat zu gehorchen; der Vater hilft sich selber, erst in späterer Zeit darf er sich an den Richter um Unterstützung wenden[1]). Umgekehrt hat der Haussohn nur auf Verlangen zu leisten: die Pflichten sind nicht als obligatorische, sondern als Folgen seiner Abhängigkeit gedacht. Die Obligation, als ein Spannungsverhältnis auf einen unmittelbaren vermögensrechtlichen Zweck hin, ist durchaus so aufgefasst und angelegt, dass der Schuldner zur „Lösung" den Anfang macht, sich befreit; die Aufforderung zur Leistung begründet einen Verzug. Hier dagegen braucht der Pflichtige unaufgefordert gar nichts zu leisten, *dies cedit* erst im Augenblicke des Verlangens. Man darf hierin nichts anderes finden, als eine Analogie. Es wäre unzutreffend, wenn man den Stat auffassen wollte als aus der Familie herausgewachsen, oder sich die Familie als Stat im Kleinen vorstellte. Vielmehr hat das gleiche Verhältnis der Abhängigkeit und der Gehorsamspflicht analoge Bildungen hervorgetrieben. Wenn man die hieher gehörigen Verhältnisse im einzelnen genauer ansieht, so stellt sich heraus, wie verschiedenartig die römischen Juristen diese Fälle behandelt haben, bei denen zugleich öffentliches und Familienrecht und privates Vermögensrecht in Betracht kommen. Die wesentliche Gleichartigkeit dieser Formationen wird dadurch verhüllt.

I. Die nächste Verwantschaft mit dem Untertanverbande hat offenbar die Clientel. Und hier tritt denn die innere Gleichheit auch äusserlich praktisch am meisten hervor. Die Clientel reicht sicher in uralte, vielleicht in die „vorstat-

[1]) C. 3 de p. p. 8, 46.

liche" Zeit zurück. Dass das Patronatsverhältnis ihre abgeschwächte Nachbildung, möglicherweise nur eine besondere Erscheinungsform ist, daran kann man nicht wol zweifeln. Deshalb lassen sich unbedenklich die Lücken in der Darstellung der Clientel [1]) aus dem vollständiger bekannten Patronatsrechte ergänzen. Der Libert steht in der Botmässigkeit des Patrones, die ein gemindertes Herrenrecht ist; er ist dem Patrone Treue und Gehorsam *(obsequium)* schuldig: daraus gehen seine einzelnen materiellen Verpflichtungen hervor [2]).

Die Clientel als ein Verhältnis erblicher Untertänigkeit stellt geradezu einen Stat im Kleinen dar. Der Gehorsam, den der Patron zu fordern hat, richtet sich, ganz ähnlich wie bei der Statshoheit, auf Steuern, Fronden und sogar auf militärische Dienstleistungen. Die beiden ersten Verbindlichkeiten sind bekannt genug. Es bildete sich unter dem Einflusse der alle Beziehungen zwischen Patron und Clienten beherschenden Fides eine feste Praxis aus in Bezug auf die Fälle und den Umfang der zulässigen Anforderungen.

---

[1]) Dionys 2, 9 sq.; Plutarch Rom. 13, 5 sq. — [2]) Das ist, wie mir scheint, der richtige Kern in den Ausführungen von Leist-Glück 5, 77 ff., 145 ff. — Die vergleichende Rechtswissenschaft hat die Clientel mit der germanischen Gefolgschaft zusammengestellt: Freeman, comparative politics p. 260 sqq. Unläugbar finden sich verwante Züge; so vor allem die Untertänigkeit der Clienten bei gegenseitigem Treuverhältnisse. Allein die deutsche Gefolgschaft ist eine persönliche, unvererbliche, im wesentlichen zu kriegerischen Zwecken eingegangene Beziehung zu einem Freien, besonders zu einem Fürsten. Der Client tritt zum Geschlechte in Erbuntertänigkeit, und aller Ueberlieferung nach war der Zweck der Application der Rechtsschutz des Landfremden, also Rechtlosen. Um den gleichen Ausgangspunkt zu gewinnen, behauptet Freeman, die Clientel habe unter dem schärferen Einflusse des rasch und straff entwickelten römischen Königtums eine „andere und üblere Gestalt" angenommen, als im germanischen Europa (p. 262), und darum nur noch für Fremde und Niedriggeborene etwas anziehendes behalten. Diese vorgeschichtliche Entwickelung ist ohne allen äusseren Anhalt und ohne jede innere Beglaubigung. Denn die Clientel erscheint bekanntlich als ganz gleichartiges Institut bei anderen italischen Stämmen ohne nachweisbare Strammheit des Königs, und auf die Analoga in Griechenland weisen die Quellen ausdrücklich hin: auf die Heloten und Penesten.

1) Genau wie das tributum nur auftritt als Geldleistung für Kriegszwecke, so können auch die munera der Clienten nur für bestimmte anerkannte Zwecke in Anspruch genommen werden: Ausstattung der Tochter, Loskauf aus der Gefangenschaft, Zahlung einer Busse[1]). Und zu diesen steuerartigen Leistungen gehören auch die Alimente. Die Pflicht dazu ist lediglich eine Folge des obsequium[2]); der Patron darf sie nur fordern, wenn er bedürftig ist, der Richter hat ihren Betrag nach bona fides festzustellen[3]).

2) Ebenso werden die Fronden, auf welche der Freigelassene haftet, erst fällig *(cedunt)*, wenn sie angesagt sind *(posteaquam fuerint indictae)*[4]). Sie werden von Julian als *debita naturalia* bezeichnet und behandelt[5]); das heisst nach seiner Auffassung, dass sie aus Rücksichten des Anstandes und der Pietät geleistet werden müssen. Wenn der Patron capitis diminutio erleidet, so hören die operae auf, weil die Pietätsbeziehung sich damit löst. Hieran kann es nichts ändern, wenn die Dienste eidlich versprochen worden sind[6]). Denn der Eid des Freigelassenen ist nur eine Verstärkung der sittlichen Pflicht, nicht eine selbständige Obligation. Anders dagegen wo eine Stipulation vorliegt. Sonst werden beide Arten der Auflage gleich behandelt; denn die Grundlage beider bleibt doch das Officium[7]).

Endlich 3): dass der Client den Patron in den Krieg begleitet, ist wiederholt bezeugt[8]). Indessen sind es, soviel ich sehe, nie Fälle der regelmässigen Aushebung, in denen ein Aufgebot der Clienten stattfindet, sondern stets Fälle der Evocation oder, wie bei dem Fabierzuge, der Conjuration. Sonach wird entweder ohne Beteiligung des States eine Fehde

---

[1]) Vgl. Mommsen, Forschungen 1, 369. — [2]) Fr. 5 § 20 de adgn. et al. 25, 3: et puto causa cognita iudices et liberos quoque patronorum alendos decernere . . .: nam et obsequium non solum patronis, uerum etiam liberis eorum debere praestari. — [3]) Fr. 5 § 19 de adgn. et al. 25, 3. — [4]) Fr. 13 § 2, fr. 22 pr. de op. lib. 38, 1; fr. 23 § 1 eod. — [5]) Fr. 26 § 12 de cond. ind. 12, 6. — [6]) Gaius 3, 83. — [7]) Fr. 15 § 1 de op. lib. 38, 1. — [8]) Dionys 6, 47 p. 1145; 9, 15 p. 1750; 10, 27 p. 2061; 43 p. 2164 *(ἡ βουλὴ γνώμην ἀπεδείξατο τοὺς πατρικίους ἐπὶ τὸν πόλεμον ἐξιέναι σὺν τοῖς ἑαυτῶν πελάταις)*; 7, 19 p. 1356 *(ἀλλ' ἐκ τῶν πατρικίων ἐθελονταί τινες κατεγράφησαν ἅμα τοῖς πελάταις)*.

gegen auswärtige Feinde ausgefochten, oder es werden von den Beamten Freiwillige aufgerufen, wo bei plötzlichen Ueberfällen die regelmässige Bildung des Heeres unmöglich ist[1]). Es ist erklärlich genug, dass auf die Pflicht der Clienten, dem Patrone Heerfolge zu leisten, nur da zurückgegriffen wird, wo diese nicht ordnungsmässig als Bürger vom State zum Kriegsdienste herangezogen werden. Der Rechtsgrund für die Heerfolgepflicht liegt in der Hausuntertänigkeit: mit den Fabiern ziehen nach einigen Berichten ausser den Clienten auch die Sklaven an den Cremera[2]).

Man hat sich wol vorzustellen, dass ursprünglich bei allen diesen Leistungen die Patrone sich selber halfen. Denn einmal hat der Client der älteren Zeit überhaupt keine Processfähigkeit; dann findet sich noch spät eine ausgedehnte Strafgerichtsbarkeit und Disciplinargewalt des Patrons über den Freigelassenen[3]).

II. Nach ihrer praktischen Gestaltung steht diesem halbpublicistischen Verhältnisse am nächsten die Alimentationspflicht der Verwanten. Wenn man diese als „gesetzliches Forderungsrecht" oder Zustandsobligation mit den übrigen Obligationen auf dieselbe Stufe stellt, so ergeben sich sofort Fragen und Schwierigkeiten verschiedener Art: wann ist das Forderungsrecht entstanden? welche Bedeutung hat die zwiefache Voraussetzung der Bedürftigkeit und der Wolhabenheit? wie lässt sich die Anerkennung einer erzwingbaren Obligation zwischen Hausvater und Haussohn erklären[4])? Diese Anstände werden, wir mir scheinen will, beseitigt, wenn man die Analogie der politischen Verbindlichkeiten im Auge behält, und die Alimentationspflicht von den persönlichen familien-

---

[1]) Servius ad Aen. 7, 614; 8, 1; Isidor orig. 9, 3. 54 sq.; vgl. Mommsen, röm. Forschungen 2, 246 ff.; ganz anders freilich Marquardt, Staatsverwaltung 2, 374 ff.; dagegen sehr souverän Madvig 2, 475 A. — [2]) Servius ad Aen. 6, 846: coniurati cum seruis et clientibus; Gellius 17, 21. 13: apud fluuium Cremeram Fabii CCCVI patricii *cum familiis suis* . . . perierunt. Vgl. auch Dionys 6, 63 p. 1185; 10, 13 p. 2020: *(ὁ Ἑρδώνιος) συνήθροιζε τοὺς πελάτας καὶ τῶν θεραπόντων οὓς εἶχε τοὺς εὐτολμοτάτους.* — [3]) Valer. Max. 6, 1. 2; Tacitus ann. 13, 26; fr. 7 § 2, fr. 11 § 7 de iniur. 47, 10. — [4]) Vgl. namentlich Mandry, Familiengüterrecht 1, 229 ff., 232, 246 ff.

rechtlichen Beziehungen und Verpflichtungen nicht absondert. Denn sie hat mit diesen den gleichen Ursprung und Charakter. Der Familienverband, auch der cognatische, wird zusammengehalten durch das officium, die pietas, die Religion [1]). Aus diesen geht, wie ausdrücklich bezeugt ist, auch die Alimentationspflicht hervor [2]). Und das ist nicht blosse Redensart oder rechtspolitische Erwägung, sondern die eigentliche Wesenheit des Instituts; das zeigt die Folgerung, dass das unwürdige Familienglied seinen Anspruch auf Alimente verliert [3]). Das officium äussert sich eben, tritt zu Tage in diesen und ähnlichen Leistungen. Durch das Dasein des Familienbandes ist die Pflicht in abstracto begründet, wie die Steuer- und Wehrpflicht durch den Untertanverband. Ob sie jemals concret praktisch werden wird, ist unsicher: in diesem Sinne ist die Leistungspflicht erst entstanden, wenn der Berechtigte seine Forderung stellt. Und diese darf nur erhoben werden, wenn gewisse Voraussetzungen erfüllt sind [4]). Ob sie vorliegen, entscheidet die Behörde. Aber sie muss nicht Alimente zubilligen, sobald der Fordernde bedürftig, der Angesprochene zahlungsfähig ist; auch dann können noch andere Erwägungen angestellt werden, z. B. der Sohn kann sich selbst erhalten, obwol er kein eigenes Vermögen hat [5]). Endlich wird der Betrag der Alimente nach dem Bedürfnisse des einen und dem Vermögen des anderen bemessen. Alles das entspricht dem Verfahren bei der Steuererhebung vollständig. Ferner geht natürlich die Alimentenpflicht nicht auf den Erben über: die Juristen bringen das mit dem officium pietatis, das unvererblich sei, ausdrücklich in Zusammenhang [6]). Bei der Steuerpflicht ist es ebenso: man wird herangezogen, weil man selbst abgabe-

---

[1]) Festus v. necessarii p. 162: necessarii sunt, ut Gallus Aelius ait, qui aut cognati aut adfines sunt, *in quos necessaria officia conferuntur* praeter ceteros; Gellius 13, 3. 1, 4: . . 'necessitudo' autem dicatur ius quoddam et uinculum religiosae coniunctionis ....; sed 'necessitas' sane pro iure officioque obseruantiae adfinitatisue infrequens est, quamquam qui ob hoc ipsum ius adfinitatis familiaritatisque coniunti necessarii dicuntur; fr. 223 de V. S.; vgl. Klenze, Zschr. f. gesch. R.-W. 6, 13 ff. — [2]) Fr. 5 § 2 § 15 sq. de adgn. et al. lib. 25, 3; vgl. Brinz, Pandekten 1, 235; 2, 52 f. — [3]) Fr. 5 § 11 eod. — [4]) Fr. 1 § 4 de tut. et rat. 27, 3; fr. 5 § 7 § 10 § 13 de adgn. lib. 25, 3. — [5]) Fr. 5 § 7 eod.; Brinz, Pand. (1. A.) S. 1297. — [6]) Fr. 5 § 17 eod.; vgl. fr. 8 pr. de inoff. tto. 5, 2.

pflichtig ist, nicht weil man einen Steuerpflichtigen beerbt hat. Endlich: die Alimente werden im Wege der Cognition beigetrieben[1]; aber diese trägt hier mehr vom Verwaltungs- als vom Streitverfahren an sich. Auch auf den Antrag des Hauskindes wird eingegangen; der Richter (d. h. der *iudex datus*) *cognoscit summatim*; er präjudiciert durch seine Entscheidung einer künftigen Paternitätsklage nicht; die tatsächliche Leistung der Alimente wird durch die publicistischen Zwangsmittel (pignoris capio) durchgesetzt[2]. Das alles passt sehr gut zu der — wegen der Inscription von fr. 5 de adgn. lib. — an sich wahrscheinlichen Vermutung Rudorffs, dass die Consuln für Alimentensachen zuständig waren[3].

---

[1]) Vgl. Bekker, Aktionen 2, 195. — [2]) Fr. 5 § 1 § 8 § 10 h. t. — [3]) Rudorff bei Savigny, Vm. Schr. 2, 251 A. 2; Rechtsgeschichte 2, 14 A. 6. — Wegen dieser allgemeinen, für sämtliche Familienglieder gleichen Grundlage der Alimentenpflicht kann ich Brinz, Pand. (1. A.) S. 1296 f. nicht Recht geben: er will dem Hausvater eine besondere Verpflichtung gegen die sui unabhängig von deren Bedürftigkeit und seiner eigenen Wolhabenheit zuschreiben. Innerhalb der Cognation aber, die durch pietas und officium zusammengehalten wird, nimmt der Vater keine Sonderstellung ein. Für eine solche müste man einen ganz bestimmten Nachweis fordern: denn die Einschränkung absoluter Befugnisse durch obligatorische Verpflichtungen ist dem röm. Rechte nicht geläufig und nicht entsprechend. Ein Rechtssatz dieser Art ist z. B. der über die Dotationspflicht des paterfam.: durch ihn scheidet der Vater aus dem Kreise der übrigen Verwanten aus; eine sittliche Pflicht zur Dotation ist bekanntlich sogar für die Brüder nicht abzuweisen. Der Hauptbeleg für Brinz ist c. 8 § 5 de bon. q. lib. 6, 61: der Vater darf die Adventicien des Sohnes nicht veräussern, um diesen zu alimentieren; daraus ergibt sich, dass der Vater auch Alimente zuschiessen muss, wenn der Sohn Kapitalvermögen hat: das werde als naturalis ratio hingestellt. Die Worte (c. 8 § 4d eod.) lauten: ipsum autem filium uel filios uel filias et deinceps alere patri necesse est non propter hereditates, sed propter ipsam naturam et leges, quae et parentibus alendos esse liberos imperauerunt et ipsis liberis parentes, si inopia ex utraque parte uertitur. Sie beziehen sich also nicht allein auf den Vater, sondern auf sämtliche alimentationspflichtige Verwante; sie wiederholen nur den bekannten Grundsatz mit besonderer Hervorhebung der Bedürftigkeit. Eine Sonderstellung des Vaters ergibt sich daraus nicht. Vielmehr betrachtet es der Kaiser als inopia, wenn der Sohn nicht von den Zinsen leben kann; er will kein Angreifen des Kapitales.

III. Als eine publicistische Obligation, wie etwa das Geschworenenamt, erscheint uns auch die Uebernahme der Vormundschaft[1]). Aber die Entwickelung war hier in Rom eine eigentümliche, und damit hängt die mindestens in éinem Punkte abweichende Gestaltung dieses Rechtsverhältnisses zusammen. In der älteren Zeit gilt die Tutel als publica causa[2]), d. h. als eine den Statsämtern *(honores)* gleichartige Stellung, nicht als eine öffentliche Obliegenheit *(munus)*. Das ist erklärlich. Einmal wird die Vormundschaft bekanntlich zuerst als potestas, als geminderte väterliche Gewalt gedacht. Da also, wo sie durch Testament oder obrigkeitliche Verfügung übertragen wird, ist ihre Analogie die Stellung des vom State Beauftragten, *qui cum potestate est*, und dem entsprechend sind die accusatio suspecti als Absetzungsverfahren vor Erfüllung des Auftrags, und die actio tutelae als Rechenschaftsklage nach der Amtsniederlegung geordnet[3]). Dazu kommt, dass die testamentarische Berufung geradezu als honor gilt und bezeichnet wird[4]). Bei einem öffentlichen Amte aber gibt es in Rom weder einen Zwang zur Annahme noch bestimmte Ablehnungsgründe[5]). In den Landstädten wird lediglich durch die *potioris nominatio* geholfen[6]). Es liesse sich denken, dass diese Einrichtung schon früh auf die Tutel Anwendung fand, obwol m. W. in älterer Zeit davon nichts erwähnt wird. Zu dem Principe einer allgemeinen Bürgerpflicht will das ganze Institut nicht passen: eine Ehre kann man ablehnen, indem man auf einen würdigeren hinweist, eine Verbindlichkeit (z. B. die Militärpflicht) sich damit nicht vom Halse schaffen. So ist denn z. B. von einer *potioris nominatio* des Richters nie die Rede, obwol sie hier ebenso nahe gelegen hätte, wie beim Vormunde: denn das Richteramt wird mindestens seit den leges Iuliae als wahres munus behandelt[7]).

Von vornherein fügt sich die tutela Atiliana nur schlecht in diesen Rahmen. Allerdings muste der Prätor bei der

---

1) Hartmann, d. Obligation S. 142. — 2) Pomponius fr. 9 de his q. sui 1, 6. — 3) Vgl. Labeo 1, 184 f.; 2, 304 f. — 4) Cicero p. Sest. 111; p. Cluent. 41. — 5) Mommsen, Staatsrecht 1, 474 ff. — 6) Lex Mal. 51 (Bruns p. 134); vgl. Mommsen, Stadtrechte S. 423 f. — 7) Vat. 197; Sueton Aug. 32; vgl. Cicero Brut. 117 und dazu Mommsen, ephem. epigr. 3, 100 sq.

Bestellung des Vormundes mit den Tribunen zusammenwirken. Dadurch sollte doch wol der Verwaltung der Charakter eines Vertrauensamtes, das aus einer Art von Wahl hervorgienge, gegeben werden. Allein die allgemeine Anschauung hat diese Erwartung nicht erfüllt: nirgends gilt m. W. die tutela datiua als etwas ausgezeichnetes und ehrenvolles. So ist es begreiflich, dass sich mit der Zeit die Notwendigkeit herausstellte, die Uebernahme der Tutel zu erzwingen. Natürlich war, dass das Bedürfnis zunächst für die Dativtutel hervortrat; für sie ist das Ablehnungsverfahren vorzugsweise berechnet[1]). In der lex Atilia war die Nötigung zur Uebernahme nicht vorgesehen[2]). Der Bericht der Institutionen bringt die Einführung des Zwanges mit der Uebertragung der obervormundschaftlichen Geschäfte an die Consuln in nächste Verbindung. Danach also bestand das neue Princip seit Claudius. In der Praxis der Consularverwaltung hat sich auf diesem Boden das Excusationssystem entwickelt: seine Spuren reichen bis auf Hadrian zurück[3]). Aber erst Marcus hat es bei Einsetzung des praetor tutelaris fest geordnet[4]). Ueberall haben wir es hier nur mit der Verwaltungspraxis zu tun; überall erscheint die Führung einer Tutel als Pflicht des Bürgers. Aber der Gedanke, der dem allem zu Grunde lag, wird erst in spätklassischer Zeit ausgesprochen[5]). Man scheut sich offensichtlich den vollkommenen Umschwung grundsätzlich anzuerkennen, und bringt die Vormundschaft deshalb immer noch in einen gewissen Gegensatz zu den munera[6]). Jedesfalls ist das Wesen der publicistischen Obligation auch

[1]) Rudorff, Vormundschaft 2, 11 ff. — [2]) § 3 de excus. 1, 23. — [3]) Vat. 222 sq., 235, 244. — [4]) Vat. 244; fr. 6 § 19 de excus. 27, 1. — [5]) Callistratus fr. 17 § 4 de excus. 27, 1; Hermogenian fr. 1 § 4, Arc. Charisius fr. 18 § 1 de mun. 50, 4. — [6]) Vat. 131: libertus . . a *tutela* excusatur; a muneribus autem ciuilibus et q. s. f.; 170 (Ulpian): ius liberorum nec ad hanc causam (tutelae excusationem) nec ad munera (prodest); 197 (Ulpian): et puto constituendum, ut et a tutelis excusent (sicut a muneribus); 221: nisi forte exemplo munerum . . solius eius liberorum tutelam suscepturum dicemus. Der Erlass Vat. 203 spricht von delectus ad munus: ein solcher soll eine Analogie für den Vormund abgeben. Hienach ist mir fr. 6 § 15 de excus. 27, 1 doch zweifelhaft. Sollten die Worte, welche die Vormundschaft für ein munus civile erklären, wirklich von Ulpian herrühren?

hier deutlich erkennbar: der Bürger muss der Aufforderung zur Uebernahme der Tutel Folge leisten auf Grund seiner allgemeinen Gehorsamspflicht dem befehlenden Magistrate gegenüber. Zu erbieten braucht er sich natürlich nicht. Der Consul erzwingt sich extra ordinem den Gehorsam.

Man hat nun aber auf die a. tutelae utilis hingewiesen, die gegen den mit Uebernahme der Verwaltung zögernden Tutor statthaft ist; damit werde „die Pflicht zur Uebernahme in direktester Weise realisiert". Da muss man sich denn doch daran erinnern, woher jene a. utilis eigentlich stammt; sie ist gerade aus den kaiserlichen Verordnungen über die publicistische Obligation hervorgewachsen. Marcus bestimmte: wenn der berufene Tutor die Verwaltung nicht übernehme, so solle er behandelt werden wie die *(in ea causa fore in qua sunt), de quibus consules decreuerunt periculo suo eos cessare*[1]). Das deutet auf ein Cognitionsverfahren vor den Consuln als Obervormundschaftsbehörde. Schwerlich ist darin ein besonderer Anklageprocess zu finden[2]). Das decretum ist einfach die Schlussverfügung in dem Verfahren über die Ablehnung des berufenen Tutors: es ist die Androhung des Zwanges; die wirkliche Durchführung, das *compellere,* wird davon genau unterschieden[3]). Indes der Vormund muss sich bereits während des schwebenden Verfahrens der Verwaltung annehmen; er ist ja dem ersten obrigkeitlichen Befehle Gehorsam schuldig; dieser wird durch die Schlussverfügung lediglich bestätigt und wiederholt[4]). — Diese gesetzliche Fiktion bildet nun die Grundlage der a. utilis; das beweist der immer wiederkehrende Ausdruck *suo periculo cessare.* Allerdings bringt Papinian, wie das seine Art ist, die Klage in Zusammenhang mit pietas und officium, die von altersher das Verhältnis des Vormundes bestimmen und regeln[5]). Der Vorgang ist sehr bezeichnend. Der Ungehorsam des Bürgers erzeugt an sich keinen Privatanspruch: der Mündel ist nicht dadurch verletzt, dass ein obrigkeitlicher Befehl misachtet wird. Zur Begründung einer Privatobligation bedarf es eines gestum auf Grund der allgemeinen Rechtsordnung.

---

[1]) Vat. 155. — [2]) Rudorff 3, 9 f., und nach ihm Wlassak, neg. gestio S. 108. — [3]) Fr. 3 § 4 rem pup. 46, 6. — [4]) Pomponius fr. 17 de adm. et per. 26, 7. — [5]) Statt aller Labeo 1, 184 f.

Erst ein wirklicher oder fingierter Spruch der Consuln, d. h. der Verwaltungsbehörde, gibt die Unterlage zur Gestattung einer Privatklage.

3. Die Stellung des Prätors und des Richters zu den Parteien.

Die Darstellung dieser stats- und familienrechtlichen Abhängigkeitsverhältnisse muss notwendig ergänzt werden durch die Erörterung der Frage, wie das Verhältnis des Prätors und des Richters zu den Parteien sich bestimme[1]). Man ist dabei von der Frage ausgegangen, ob die Stellung des römischen Richters eine obrigkeitliche sei. Das ist ganz modern. Denn im R.R. ist der Begriff Obrigkeit überhaupt nicht entwickelt, es gibt kein Wort für diese Abstraktion. Es liesse sich nur fragen, ob der Richter magistratus sei oder magistratische Funktionen übe. Darauf wäre die Antwort nicht schwierig. Aber sie würde uns nicht weiter bringen: denn es handelt sich eben darum, ob der römische Richter trotz seiner Verschiedenheit vom heutigen doch denselben Charakter wie dieser habe. Dann ist es aber notwendig, den Begriff, den man mit dem Worte Obrigkeit verbindet, nicht vorauszusetzen, sondern ausdrücklich festzustellen; unsere Statsrechtslehrer scheinen das erstere vorzuziehen[2]). Man wird sagen müssen, dass als Obrigkeit jede Behörde anzu-

---

[1]) Zum Folgenden vgl. Degenkolb, Einlassungszwang S. 80 ff. Es ist bei der eigenartigen Darstellung und den ganz verschiedenen Ausgangspunkten Ds. schwierig, bestimmt abzugrenzen, wie weit er mit dem hier Verteidigten im Einklange ist. Vgl. auch Laband, Statsrecht 3 b, 18 ff. — Die folgenden Bemerkungen berühren und kreuzen sich vielfach mit den Ausführungen von S. Schultze in seinem erst nach Abschluss meiner Arbeit mir zugegangenen Buche Privatrecht und Process I (1883), namentlich S. 228—264, S. 326 ff., S. 452 ff. Es ist unmöglich, zu den vielfach neuen und, ich gestehe es, zum Teil überraschenden Anschauungen, die im Zusammenhange begriffen und besprochen sein wollen, hier so beiläufig Stellung zu nehmen. Nur an éinem Punkte schien mir eine Verteidigung der herschenden Auffassung wünschenswert (S. 47). — [2]) Wenigstens weiss ich mit dem, was Schulze, Einleitung in d. d. Staatsrecht S. 119 f. sagt, nichts rechtes anzufangen. Sonst hab ich nichts gefunden. Unsicherheit muss doch wol herschen, wie mir jetzt Laband, Handbuch d. öff. Rechts II, 1. S. 120 A. 2 zu beweisen scheint.



sehen ist, die Funktionen der Statshoheit ausübt und dazu mit Banngewalt den Untertanen gegenüber ausgerüstet ist. Indessen nicht jede Amtshandlung einer solchen Behörde erscheint als obrigkeitliche, z. B. nicht die Weisung an eine untergebene oder die Berichterstattung an eine vorgesetzte Behörde. Vielmehr wird man nur solche Amtshandlungen hierher rechnen dürfen, bei welchen sie mit auktoritativen Anordnungen den Untertanen gegenübertritt. In diesem Sinne wird man die Stellung des Richters unbedingt als obrigkeitliche ansehen müssen. Sein Verhältnis zu den Untertanen ist an sich kein anderes als das des Offiziers und des Verwaltungsbeamten. Er übt wie diese ein Statshoheitsrecht aus, er vertritt wie sie ein „Interesse" des States, die Wahrung der Rechtsordnung. Darum bedarf die Pflicht des Gehorsams der Statsangehörigen gegen ihn keiner besonderen Begründung; sie ergibt sich aus dem Untertanverbande von selbst. Indessen die Gestaltung des bürgerlichen Rechtsstreites in Rom und bei uns lässt die Gewalt des Richters weit weniger in den Vordergrund treten als seine Pflicht[1]). Die Parteien handeln gegen einander; der Richter unterstützt sie und verhilft schliesslich der einen zum Siege. So sieht es aus, als sei er das Werkzeug der Parteien, nicht ihnen vorgeordnet; als diene er ihren Interessen, nicht dem Statszwecke. Dass diese Gestaltung des Streitverfahrens nicht die unerlässlich notwendige ist, liegt auf der Hand. Das Inquisitionsverfahren lässt den Richter in derselben ordnenden und befehlenden Tätigkeit erscheinen, wie den Verwaltungsbeamten. Nur geschichtliche Gründe im römischen Reiche, Rücksichten der Zweckmässigkeit bei uns bedingen die wesentlich andere Form des Processes.

I. Den römischen Juristen aber galt das Zurücktreten der Amtsgewalt zunächst des Prätors im ordo iudiciorum priuatorum als statsrechtlicher Grundsatz. Man unterscheidet bekanntlich innerhalb der potestas des Prätors das eigentliche *imperium* und die *iurisdictio*. Jenes, das sog. *imperium merum,* das ius gladii, ist vor allem die Strafgerichtsbarkeit; aber es schliesst auch ein das Befehls- und Coercitionsrecht,

[1]) Ius dicentis *officium* latissimum est beginnt fr. 1 de iurisd. 2, 1; vgl. fr. 1 § 4 de susp. 26, 10.

das ius uocandi und prensionis (Ladung und Verhaftung), die multae dictio und pignoris capio (Büssung und Pfändung)[1]. Die iurisdictio dagegen beschränkt sich auf die bürgerliche Rechtspflege nach Volksrecht, den ordo iudiciorum; im eigentlichen Sinne wird die Cognition, welche mit dem Verfahren in Verwaltungssachen zusammenfällt, nicht mit dazu gerechnet[2]. Zwischen diesen beiden steht die Befugnis zur missio in bona, zur Auflegung prätorischer Stipulationen, wol auch zur in integrum restitutio. Sie beruhen auf dem imperium, nicht auf der iurisdictio; aber sie dienen der letzteren; sie sind Behelfe für die gemeine Rechtspflege, ohne welche diese nicht bestehen, mindestens nicht wol geübt werden könnte[3]. Diese ganze Unterscheidung gewinnt nur dann Leben und Bedeutung, wenn man sie mit dem Civilprocesse in Beziehung bringt.

Denn im ordentlichen Verfahren macht der Prätor grundsätzlich von seinem *imperium merum* keinen Gebrauch: die wirksamsten Mittel der Coercition, die ihm an sich gegen die säumige Partei zur Verfügung stünden, wendet er nicht an: uocatio, multae dictio, pignoris capio, so nahe es gelegen hätte bei der Einleitung des Rechtsstreites und bei der Zwangsvollstreckung danach zu greifen. Aber das ordentliche Verfahren ist Verfahren nach Volksrecht, die cognitio Verfahren nach Amtsrecht. Dort herscht die geregelte Selbsthilfe oder besser die vom Prätor geleitete und geförderte Selbsttätigkeit der Parteien, hier die verwaltende Amtsmacht. Im ganzen und grossen ist dies Verhältnis immer richtig erkannt; aber mehr unbewust zu Grunde gelegt, denn als Institution des öffentlichen Rechtes ausdrücklich hervorgehoben[4]. Daher begegnen im einzelnen abweichende Auffassungen.

[1]) Fr. 1 § 1 de off. eius cui 1, 21; Cicero de leg. 3, 6; fr. 2 de in ius uoc. 2, 4: in ius uocare non oportet neque consulem ... neque praetorem . . , qui imperium habent, qui et coercere aliquem possunt et iubere in carcerem duci; fr. 3 de iurisd. 2, 1; vgl. Mommsen 1, 131 f. — [2]) Fr. 5 pr. de re iud. 42, 1. — [3]) Imperium cui iuris dictio inest: fr. 3 de iurisd. 2, 1; magis imperii quam iurisdictionis: fr. 26 ad mun. 50, 1; fr. 4 de iurisd. 2, 1. Daher müssen diese Befugnisse mit der iurisdictio mandata übergehen: fr. 4 § 1, fr. 5 § 1 de off. eius cui 1, 20. Einen Widerspruch vermag ich in diesen Aeusserungen nicht zu entdecken. Abweichend ist die Darstellung bei Bethmann-Hollweg, Civilprocess 2, 91 ff. — [4]) Was Bethmann-Hollweg 2, 692 von „allgemeinen

1. Dass der Consul die *uocatio* schon in ältester Zeit bei den „iurgia" geübt habe, ist neuerdings wieder behauptet worden[1]). Die Stellen Ciceros freilich, auf die man sich früher berief[2]), handeln zu offensichtlich vom ausserordentlichen Verfahren: sie werden nicht wieder ins Feld geführt. Aber auch Gellius 13, 12. 9 ergibt nicht, dass iurisdictio im engeren Sinne und uocatio zusammengehören. Er erklärt den Mangel des Ladungsrechts der Tribunen daraus: sie seien gewählt *non iuri dicundo querelisque de absentibus noscendis, sed intercessionibus faciendis quibus praesentes fuissent.* Das ist unrichtig; die Tribunen können nicht laden, weil sie keine Banngewalt und mithin keinen Lictor haben[3]). Aber es soll aus diesen Worten erhellen, dass des Gellius Gewährsmänner einen inneren Zusammenhang zwischen Jurisdiktion und Ladungsrecht annahmen. Indessen scheint mir willkürlich, hier gerade an den Prätor und den Ordinarprocess zu denken. Dann schüfe ja die Erklärung selbst die Schwierigkeit weiter zu erklären, warum die Consuln das Ladungsrecht und die Lictoren behielten, als sie mit den Rechtsstreitigkeiten nichts mehr zu tun hatten. Iurisdictio muss also hier in dem weiteren Sinne genommen werden, wonach es auch die Verwaltungsrechtspflege mitumfasst: ohnehin deutet darauf die Wendung *querelae noscendae.* Damit aber verliert die Stelle jede Beweiskraft für den vorliegenden Zweck.

2. Die *pignoris capio* hat man längst auf die Cognition beschränken wollen[4]). Wenn man für ihre Anwendbarkeit im Vollstreckungsverfahren des Ordinarprocesses sich auf fr. 15 pr. de re iud. 42, 1 beruft, so ist das kein Beleg. Denn das

Rechtsanschauungen sagt, scheint mir die Sache nicht zu erledigen: es wäre den römischen Begriffen von der unantastbaren Freiheit und ausschliesslichen Herschaft des Bürgers über Haus und Hof zuwider gewesen, ihn stückweise seines Eigentums zu berauben. Daher keine pignoris capio. Seltsam, dass diese Begriffe nur das „Ausrupfen einzelner Federn" nicht duldeten, aber mit der Schuldknechtschaft sich zurecht fanden.

[1]) Karlowa, Legisactionen S. 333 f. — [2]) Cicero diu. in Caec. 56; Verr. 2, 56 sq. O. E. Hartmann, Contumacialverfahren S. 160 f.; dagegen vor allem Muther, Sequestr. S. 386 f. — [3]) Mommsen 1, 140 f. — [4]) Zimmern, Rechtsgeschichte 3, 268. Bethmann-Hollweg war früher derselben Ansicht, hat sie aber aufgegeben (2, 694).

Fragment stammt aus den Büchern *de officio consulis;* es bezieht sich also zweifellos auf die cognitio, und der dort erwähnte Richter ist ein *iudex datus*[1]). Es ist nicht zu kühn, den angeführten Erlass des Pius mit dem von Callistratus (l. II. cognitionum) angezogenen zu verselbigen[2]). M. W. gibt es kein Beispiel für ein Ueberspringen des Ordinarprocesses in die Formen des Cognitionsverfahrens. Wol aber wird gerade umgekehrt bei der cautio damni infecti die pignoris capio für unzulässig erklärt, wenn es gilt, den Widerstand dessen zu brechen *cuius in aedes missum est*[3]). Das Verfahren wegen drohendes Schadens darf man als ordentliches bezeichnen. Man muss sogar noch weiter gehen: selbst bei den rein prätorischen Missionen sind die unmittelbar gegen den Widerspenstigen gerichteten Zwangsmassregeln offenbar durchgängig erst späteres Ursprunges[4]).

3. Die überwiegende Mehrheit der neueren Juristen verwirft für den klassischen Process jede Form der Naturalexekution, auch bei den restitutorischen Interdikten. Die Scheidung zwischen bürgerlichem Rechtsstreite und Verwaltungsstreitsachen ist strenge durchgeführt. Wir wissen, dass der Aedil berechtigt war, ein Gebäude, das die öffentliche Strasse versperrte, zwangsweise abtragen zu lassen[5]); die nämliche Befugnis hatte der curator uiae[6]). Wir wissen aber andererseits, dass der Prätor die Herausgabe des freien Menschen beim interd. de exhibendo nicht unmittelbar erzwingen durfte, so selbstverständlich uns das scheint[7]). Die

[1]) Vgl. Gellius 12, 13. 1; Mommsen 2b, 949 A. 2; 944 A. 4; aber auch Bethmann-Hollweg selbst 3, 116 ff. — [2]) Fr. 31 de re iud. 42, 1. — [3]) Fr. 4 § 2 de dam. inf. 39, 2. — [4]) Fr. 1 § 2 si uentr. nom. 25, 5; fr. 1 § 1 de insp. uentre 25, 4; fr. 5 § 27 ut in poss. 36, 4; fr. 3 pr. § 1 ne uis fiat 43, 4; fr. 1 § 2 de migr. 43, 32; Schmidt, Interdicte S. 310 ff. — [5]) L. Genet. 73; Mommsen 2, 495. — [6]) Fr. 2 § 17 neq. in l. publ. 43, 8; Paulus 5, 6. 2: ut interdictum ita et actio proponitur.. cuius rei sollicitudo ad uiarum curatores pertinet. Sollte dieser Paragraph, der auch sonst Anstoss gibt (Labeo 1, 273 A. 47) nicht schlecht gekürzt sein (vgl. Huschke′ ad h. l.)? Paulus hat vielleicht gerade zwischen dem Popularinterdikte und Verfahren vor dem Curator unterschieden. Denn wenn der Curator selbst Gerichtsbarkeit hatte (Mommsen 2b, 1030 f.), so war das natürlich cognitio; von Interdikten konnte bei ihm keine Rede sein. — [7]) Fr. 3 § 13 de hom. lib. exh. 43, 29; Bruns, kl. Schriften 1, 360.

Folgerung daraus ist klar: es ist unzulässig in Aeusserungen, in denen von einer Pflicht zur Wiederherstellung oder dgl. die Rede ist, das unmittelbare Einschreiten des Prätors hineinzutragen, selbst wenn dabei der Ausdruck *cogere* oder ähnliche verwendet sein sollten [1]).

4. Hiemit ist nun noch in keiner Weise entschieden, ob nicht die Interdikte wirklich zu Anfang endgiltige prätorische Befehle waren, denen das merum imperium Nachdruck verschaffte; dann wäre durch Annäherung an das ordentliche Verfahren die Ueberleitung in die gewöhnlichen Processformen mittelst der Sponsionen allmählich aufgekommen. Die neuentdeckten Fälle von Multen im Interdiktenverfahren sind freilich höchst fragwürdiger Natur [2]). Allein undenkbar ist eine

---

[1]) Fr. 1 § 12 neq. in fl. publ. 43, 13; fr. 7 neq. in l. publ. 43, 8; Burckhard, op. n. nuntiatio S. 226 ff. — [2]) Huschke, Multa S. 70 f. verweist nämlich 1) auf Plautus Poen. 5, 5. 56. Die überlieferte LA. ist hier: Rapiamus in ius! — Minume! — Quapropter? — *Quia iniuriarum multo dici* (induci: Pal.) *satius est.* Statt dessen lesen die meisten mit Salmasius: *multam (in)dici satius est.* Huschke sieht diese LA. als unbedingt sicher an und bezieht die multa auf das int. de homine libero exh., mittelst dessen Hanno seine Töchter vom Kuppler herausverlangen wolle. Das ist ohne allen Halt. Denn a) offenbar will Hanno etwas anderes als Agorastocles, also keinen Civilprocess: er will den Kuppler bestraft haben. In der folgenden Scene sagt genau entsprechend Ag.: duplum pro furto mihi opust, aber Hanno: mihi *suppliciis* multis. So würde sich am meisten die mir freundlichst mitgeteilte Vermutung F. Schölls empfehlen: *quia iniuriarum induci multo satiust.* Man müste dann den Genetiv wie bei accusare nehmen, *inducere* im Sinne von 'eins überziehen, prügeln' (vgl. As. 3, 2. 6 (551): inductoresque acerrumos gnarosque nostri tergi), so etwa, wie man *alapam, colaphum, pugnum ducere* sagt (Phaedrus 5, 3. 2; Quintilian inst. 6, 3. 83; fr. 4 de iniur. 47, 10). Beides ist doch wol sprachlich zulässig. Allein man gelangt b) zu dem sachlich gleichen Ergebnisse, wenn man *multam indici* liest. Bei Plautus findet sich das Wort *multa* überhaupt nicht technisch verwendet, sondern multam dicere oder inrogare wird von Privatpersonen gebraucht und heisst einfach: bestrafen, ahnden Truc. 844 (4. 3, 70); Amph. 852 (2, 2. 222); Stich. 723 sq. (5, 4. 43); ganz eigentümlich Capt. 490 sq. (3, 1. 45); Trin. 708 (3, 2. 82) ist zweifelhaft. Ebensowenig lässt sich 2) irgend etwas aus Cicero de or. 1, 41 folgern: quod uero in extrema oratione quasi tuo iure sumpsisti . . . , non tulissem *multisque praeissem*, qui aut interdicto tecum contenderent aut te ex iure manum consertum uocarent, quod in alienas possessiones tam temere irruisses. Huschke will für

solche Entwicklung nicht[1]). Der Zusammenhang der Interdikte mit den Verhältnissen des öffentlichen und Sacralrechts lässt hier ein direktes Einschreiten des Prätors glaublicher erscheinen, als da wo es sich um rein private Ansprüche handelt.

5. Etwas ganz anderes ist es natürlich, dass der Prätor auch im Ordinarverfahren von der *missio in possessionem* Gebrauch macht, dass er Sponsionen auferlegt und durch Missionen erzwingt, dass er *interrogationes in iure* stellt. Diese Anordnungen gehören eng zusammen; und fasst man sie als zusammengehörig, so erscheint auch die missio nicht als Ahndung des Ungehorsams, sondern als Handhabe der Processleitung; sie soll also nur das Verfahren fördern[2]). Sehr bezeichnend ist der Ausdruck des Paulus fr. 5 § 1 de off. ei. cui 1, 21:

> mandata iurisdictione priuato etiam *imperium quod non est merum* uidetur mandari, quia iurisdictio *sine modica coercitione* nulla est.

Nach Wirkung und Zweck unterscheidet sich die missio des Ordinarverfahrens in der Tat nicht von der multae dictio der Cognition; sie kann daher sehr wol, wie hier geschieht, als „mässige Massregelung" bezeichnet werden. Dennoch wird sie von der eigentlichen Coercition, die auf dem merum imperium beruht, streng abgesondert gehalten.

6. Gegen diese Anschauung lässt sich aus der Befugnis der landstädtischen Beamten kein begründeter Einwand hernehmen. Sie haben multae dictio und pignoris capio, aber

---

das hsliche *praeissem* oder *praeessem* hier *praes essem* setzen. Ich vermag das nicht als eine 'geistreiche Erklärung' anzusehen. Das vorangehende *tulissem* erfordert notwendig auch hier ein Plusquamperfectum, und der Satz: 'ich hätte das nicht ertragen' die Folge: sondern hätte die Leute veranlasst, sich zur Wehr zu setzen. Dass aber ein Rechtsfreund gleich für eine ganze Menge Leute (die multi werden im Folgenden einzeln aufgezählt) Bürgschaft zu übernehmen sich erbietet, das ist denn doch schlechthin unglaublich. *Praeissem* ist ganz vortrefflich: ich würde ihnen die Formel an die Hand gegeben haben. Ohne Huschkes Conjectur aber ist die Stelle für uns bedeutungslos.

[1]) Bekker, Aktionen 2, 52 ff. — [2]) Pomponius fr. 5 pr. de V. O. 45, 1 von den prätorischen Stipulationen: nam et hae a iurisdictione ueniunt; fr. 1 § 1 de off. ei. cui 1, 21.

nicht missio[1]). Man hat gesagt, es mangelten ihnen sonach die „höheren Funktionen des imperium", sie vollzögen die Zwangsvollstreckung „nur durch pignoris capio"[2]). Das ist unrichtig: wenn einmal innerhalb der Amtsgewalt Rangunterschiede gemacht werden sollen, so gehört die Pfändung ganz sicher zu den höheren Funktionen; sie dient wesentlich dazu die verhängten Bussen beizutreiben[3]). Um die eigentümliche Competenzbegrenzung zu erklären, muss man einmal 1) festhalten: dem Duovir ist die reine Civilgerichtsbarkeit eingeräumt; aber es werden ihm grade die Behelfe des imperium abgesprochen, die ihr dienen. Der Sinn dieser Einrichtung ist wol, der untergeordneten Stelle die Erbschaftsregelungen und die Concurse zu entziehen. Es ist ausdrücklich bezeugt, dass die Statthalter den Duovirn die Mission mandieren dürfen[4]), und für schleunige Sachen, z. B. cautio d. infecti, sie ihnen zu übertragen pflegen[5]). Sehr lehrreich ist, wie die lex Rubria für diesen Fall hilft: wird die Kaution nicht freiwillig geleistet, so soll die Klage angestellt werden dürfen *proinde atque si repromissum esset*[6]). Auf einem ganz anderen Brette stehen dagegen 2) multae dictio und Pfändung. Sie dienen der Verwaltung und Polizei; ohne solche Zwangsmittel sind die städtischen Beamten ausser Stande ihre Pflicht gehörig zu erfüllen. Deshalb steht das Büssungsrecht neben den Duovirn auch den Aedilen zu: aber sie musten die Oberbeamten benachrichtigen, doch wol damit diese durch pignoris capio, die den Aedilen nicht zukommt, das Polizeimandat vollstrecken[7]). Dabei muss man sich noch erinnern, dass die Municipalmagistrate Strafgerichtsbarkeit hatten und, wie es scheint, bis in die Kaiserzeit behielten[8]). Deren notwendige Ergänzung aber bildet die m. dictio. Jedesfalls ist davon nichts überliefert, dass die p. capio bei den Gemeindebeamten als Zwangsmittel an Stelle der missio getreten sei. Die beiden

[1]) Fr. 26 ad mun. 50, 1; fr. 29 § 7 ad l. Aq. 9, 2; fr. 3 § 1 de reb. eor. 27, 9; fr. 131 § 1 extr. de V. S.; l. Mal. 66; vgl. übrigens Mommsen 1, 217 A. 1. — [2]) Bethmann-Hollweg 2, 31, 69, 96. — [3]) Mommsen 1, 152 f. — [4]) Fr. 4 § 1 de off. ei. cui 1, 21. — [5]) Fr. 1, fr. 4 § 3 de dam. inf. 39, 2. — [6]) L. Rubria 20, 18; Bethmann-Hollweg 2, 31 A. 25. — [7]) L. Mal. 66. — [8]) Marquardt, Staatsverwaltung 1, 155 f.

Digestenfragmente, welche die p. c. in Landstädten erwähnen, ergeben das in keiner Weise. In fr. 29 § 7 ad l. Aq. 9, 2 ist vielmehr klar, dass *pignus ex lege capere* nur den Vollzug eines Strafmandates, etwa wegen rückständiger Steuern, bezeichnen kann. Und so glaub ich auch nicht, dass die vom Duovir ausgehende pignoris capio in fr. 3 § 1 de reb. eor. 27, 9[1]) sich auf eine Zwangsvollstreckung im Civilprocesse bezieht. Die Erlaubnis zur Veräusserung eines Pupillengrundstücks Schulden halber darf nur vom Prätor, nicht vom Duovir erteilt werden[2]). Man kann sich nicht vorstellen, dass diese sorgfältig aufgerichtete Schutzwehr sofort wieder umgerissen sein sollte; das geschähe aber, wenn man dem Duovir gestattete, wegen ausgeklagter Forderungen den Verkauf des Grundstücks anzuordnen.

Das Ergebnis ist nach allem dem: der Prätor, obwol mit voller Banngewalt ausgestattet, befiehlt im Civilprocesse nie, er ordnet nur rein formell an[3]); er macht von den eigentlich wirksamen Mitteln sich Gehorsam zu verschaffen offenbar grundsätzlich keinen Gebrauch. Dennoch kann natürlich darüber nicht der leiseste Zweifel sein, dass das Verfahren in iure ein Verfahren vor der Obrigkeit ist; dass es gerade dadurch Bestand und Sicherheit gewinnt.

---

[1]) Pignori tamen capi iussu magistratus uel praesidis *uel alterius potestatis* et distrahi fundus pupillaris potest. Sed et in possessionem mitti rerum pupillarium a Praetore quis potest [et ius pignoris contrahitur] siue legatorum seruandorum causa siue damni infecti ...: hae enim obligationes sive alienationes locum habent, quia non ex tutoris uel curatoris voluntate id fit, sed ex magistratuum auctoritate. Die Worte *et ius pignoris contrahitur* sind von den Compilatoren eingeschaltet. — [2]) Fr. 1 § 2 de reb. eor. 27, 9. — [3]) Als processleitende Verfügungen rein formaler Art sehe ich auch solche „Befehle" an wie *mittite hominem, inite uiam* u. dgl. Es scheint mir müssig, die Frage zu beantworten, was denn wurde, wenn einer nicht losliess oder nicht mitgieng. Auch die Vindicienerteilung gehört hierher. Man hat auf den Process der Verginia hingewiesen: da soll der Decemvir durch den Lictor dem Kläger die Vindicien gesichert haben. Allein selbst nach den Darstellungen des Livius (3, 45. 5; 46, 4) und des Dionys (11, 32) ist dies nicht der Fall: die Lictoren schreiten aus eigenem Antriebe ein, um das zudrängende Volk vom Tribunale zurückzuweisen: es ist sogar dafür der Kunstausdruck *submouere, ἀνείργειν ἀπὸ τοῦ βήματος* gebraucht; sie befinden sich auf dem Gebiete ihrer eigentlichen Amtstätigkeit (Mommsen 1, 360).

II. Ein zweiter massgebender Grundsatz des römischen Processes ist, dass der Prätor, obwol ihm die iurisdictio zusteht, doch die eigentliche Entscheidung der Sache in die Hand eines Richters niederlegt. Das ist etwas eigentümlich und ausschliessend römisches, dem man durch das Heranziehen halber Aehnlichkeiten keine Förderung bringt [1]). Es fragt sich, welche Stellung dieser Richter zu den Parteien einnimmt.

Dabei ist es von geringer Erheblichkeit, dass das Collegium der Zehnmänner ganz unzweifelhaft zu den magistratus populi R. gehörte. Schwerlich war das gleich von allem Anfange an der Fall; die Volkswahl trat wol erst später ein [2]). Die Decemvirn wurden vom Consul ernannt und standen ihm doch als unabhängige Behörde gegenüber, ganz ähnlich, wie der Quästor beim Rechnungswesen: er muste ihnen die Entscheidung in Freiheitsprocessen übertragen, ebenso wie dem Quästor die Kassenverwaltung. Der Centumviralgerichtshof ist nie unter die Beamtencollegien aufgenommen; er hat aber für Erbschaftsprocesse eine gleiche Selbständigkeit. Im einzelnen wissen wir nichts genaueres über das Verhältnis der Zehnmänner zum Prätor. Dass ihnen die Sache nach gehöriger Instruktion des Processes durch Legisaction [3]) überwiesen wurde, und dass sie ein Urteil finden musten, scheint selbstverständlich [4]). Ebenso ist wol anzunehmen, dass ihr Spruch ohne Mitwirkung der Prätors die Freiheit ohne weiteres feststellte.

---

[1]) Der m. W. neueste Versuch einer Deutung dieser Zweiteilung ist der von Demelius, confessio S. 49 f. Der Magistrat „sistiere" die durch die legis actio begonnene „Rechtspersekution" in Folge des „legal erhobenen Widerspruches" des Beklagten und weise die nun erforderliche Bewährung des klägerischen Rechtes vor das iudicium (vgl. übrigens Windscheid, actio S. 46 f.). Es kann dahin gestellt bleiben, ob diese Auffassung der legis a. zutrifft; jedesfalls scheint mir damit nicht erklärt, warum der Magistrat diesen „Incidenzpunkt im lege agere" nicht selbst erledigte: das aber, meine ich, ist die Hauptsache. Und eigentümlich bleibt es bei dieser Anschauung immerhin, dass nach dem Urteile die a. in rem nicht „ihren Fortgang vor dem Magistrate nimmt", sondern aus Gründen „processualischer Technik" in eine andere LA. überspringt. — [2]) Mommsen 2, 590 f.; vgl. Lange, Alterthümer 1, 903 ff. (mit nichts weniger als wahrscheinlichen Hypothesen). — [3]) Cicero p. Caec. 97; de dom. 78. — [4]) Es wird durch Cicero bestätigt: lites *contractas* iudicanto (de leg. 3, 3. 6 extr.).

Es wird denn vermutlich auch am Schlusse des Verfahrens in iure die gewöhnliche Litiscontestation stattgefunden haben. Mithin scheint es nicht, als habe der Amtscharakter der Mitglieder des Gerichtshofes dessen Stellung zu den Parteien beeinflusst. Aber irgend etwas bestimmteres lässt sich darüber nicht ausmachen.

Den Einzelrichter wird man nicht umhin können, als Gehilfen des Prätors zu bezeichnen[1]). Damit ist nicht gesagt, dass er unter der Botmässigkeit des Prätors stehe. Es gehört vielmehr offenbar zu den grundgesetzlichen Einrichtungen des republikanischen Statswesens, dass ein iudex bestellt wird[2]), und dass seine Entscheidung endgiltig und unabänderlich ist. Der Satz *bis de eadem re ne sit actio,* soweit er sich auf das Urteil bezieht, richtet sich nicht bloss gegen die Parteien, er richtet sich vor allem gegen den Consul[3]). Der Geschworenenspruch darf vom Prätor nicht wieder aufgehoben, er darf sogar nicht dadurch in Frage gezogen werden, dass ein folgender Prätor die Wiederaufnahme des Verfahrens vor einem anderen Richter gestattet[4]). Dass unsere Pandektenjuristen nur die privatrechtliche Seite des Satzes hervorheben[5]), ist leicht begreiflich. Allein ich meine, die gesamte Gestaltung der Consumptionslehre weise darauf hin, dass die Abschneidung der Processe nicht die ausschliessliche, ja nicht einmal die vorzügliche Absicht der Rechtsregel war. Nicht die „Aufzehrung"

---

[1]) Diesen Ausdruck 'minister praetoris' habe ich schon früher (1864) gebraucht, freilich dabei die volksrechtliche Grenze dieser Gehilfschaft gar nicht beachtet. Degenkolb (S. 93 A.) findet ihn bedenklich. Jetzt rechnet Mommsen (1, 220) den iudex gar zu den „niederen Gehilfen" des Oberbeamten. — [2]) Daher das iudicium legitimum: vgl. Puchta, Inst. 1 § 159 S. 464 f. (Kr.) und unten IV, IX; Bethmann-Hollweg 1, 56 ff. Von hier aus könnte man auch die Zweiteilung des Civilverfahrens mit der prouocatio ad populum zusammenstellen. So Bernhöft, Stat und Recht S. 230. — [3]) Vgl. auch Degenkolb S. 93. — [4]) Ob in der Kaiserzeit eine Aenderung eintrat? ob diese vom Provinzialprocesse ausgieng? Gaius ad ed. prou. fr. 9 qui satisd. 2, 8 und fr. 2 a quib. app. 49, 2 scheinen mir dies, wenn man sie neben einander liest, nicht zu ergeben. Und die Beziehung von fr. 8 § 16 de inoff. 5, 2 und fr. 5 § 2, fr. 14 pr. de app. 49, 1 auf Centumviralsachen ist gegenüber dem überall auftretenden Einzelrichter mir höchst bedenklich. Bethmann-Hollweg 2, 46; Keller § 82 A. 989 (Wach). Nun J. Merkel, Abhandlungen 2, 63 ff. — [5]) Fr. 6 de exc. r. iud. 44, 2.

der Klage hätte dann an die Spitze gestellt werden müssen, sondern, wie bei uns, die rechtwirkende Kraft des Urteils. Dieser letztere Gedanke aber tritt im römischen Processe bekanntlich nur vereinzelt, im wesentlichen nur da auf, wo die Rechtskraft sich über die Parteien hinauserstreckt[1]). In der Tat findet sich denn auch in unserer Ueberlieferung ein Bewustsein von der statsrechtlichen Herkunft und Bedeutung der Regel[2]).

Dem Prätor steht die iurisdictio zu, das heisst natürlich Rechtsprechung oder Rechtweisung. Wenn er daher einen Teil der Austragung des Rechtsstreites abgibt und einen Richter ernennt (iudex esto), der statt seiner die Funktion übernimmt, so muss dieser notwendig formell als sein Bevollmächtigter erscheinen. So heisst es denn bei Varro de l. L. 6, 61 unzweideutig:

> hinc iudicare, quod tunc ius dicatur (?); hinc *iudex* quod iudicat *accepta potestate,* id est quibusdam uerbis dicendo finit (?)[3]).

Der Richter entscheidet den Fall auf Grund der prätorischen Anweisung: er kann daher durch seinen Spruch nicht mehr Rechtswirkungen hervorbringen, als der Prätor auch könnte, und er kann nicht mehr zur Entscheidung ziehen, als

---

[1]) Fr. 25 de stat. hom. 1, 5 = fr. 206 de R. I.; fr. 3 pr. de adgn. lib. 25, 3; fr. 50 § 1 de leg. 1; fr. 14 pr. de app. 49, 1; anders fr. 17 § 1 de inoff. 5, 2. — [2]) Cicero de inu. 1, 102: hanc esse rem, quae si sit semel iudicata, neque alio commutari iudicio neque *ulla potestate corrigi* possit; p. Sulla 63 (Halm): qui si id promulgauit, in quo res iudicatas uideatur uoluisse rescindere, recte reprehendis: status enim reipublicae maxime iudicatis rebus continetur; Verr. 5, 12: perditae ciuitates desperatis iam omnibus rebus hos solent exitus exitialis habere, ut damnati in integrum restituantur, uincti soluantur, exules reducantur, res iudicatae rescindantur; wiederholt de l. agr. 2, 10: neque enim illa popularia sunt existimanda iudiciorum perturbationes, rerum iudicatarum infirmationes, restitutiones damnatorum et q. s.; Phil. 11, 11; Pronunt. Agrippae 5 (Bruns p. 257): cum *pro utilitate publica* rebus iudicatis stare conueniat et q. s. — [3]) Vielleicht zu lesen: *litem definit?* — Paulus 5, 5a, 1 möchte ich nicht hierher ziehen: die Sentenzen haben naturgemäss — mindestens in der Gestalt wie sie uns hier vorliegen — das Cognitionsverfahren als das regelmässige zur Voraussetzung. Die Rechtskraft des eigentlichen Geschworenenspruches lässt sich durch die auctoritas praetoris nicht stützen.

wozu ihn der Prätor bevollmächtigt hat. Denn diese Uebertragung steht doch sicher auch unter dem juristischen Gesetze von der Erhaltung der Kraft: *nemo plus iuris transferre potest quam habet*[1]). Man könnte dagegen von der Adjudication einen Einwand hernehmen. Allein dabei ist festzuhalten, dass die Begründung des quiritarischen Eigentums im Teilungsverfahren offensichtlich nicht eine Processentscheidung, sondern die Durchführung der für wünschenswert erachteten Massregel selbst ist. Dazu wird der Richter vom Prätor ermächtigt[2]). Ausserhalb des Rechtsstreites aber kann der Prätor so gut wie der Quästor quiritarisches Eigentum übertragen: das zeigt die addictio bei der in iure cessio[3]). Gerade hieraus ist ersichtlich, dass der Prätor dem Richter regelmässig nur die Aburteilung des Rechtsstreites überträgt. Und diese ihm eingeräumte Stellung erscheint den römischen Juristen nicht als übertragenes Amt, sondern als überkommene Pflicht, als *munus*, nicht als *potestas*. Als *munus* tritt sie bestimmt in der lex Iulia auf (s. S. 25 A. 7). Aber auch schon früher macht sich dieselbe Anschauung geltend; uacatio und gesetzliche Befreiung finden sich hier wie bei Steuern und Kriegsdiensten[4]).

Mit der Entscheidung der Sache ist freilich die Leitung des Verfahrens eng verbunden. Es ist Recht und Pflicht des Richters, den Process zu Ende zu führen[5]); also er hat die

---

[1]) Bekker, Krit. Vjschr. 20, 329 scheint die Geltung des Satzes für das öffentliche Recht zu bezweifeln. — [2]) Gaius 4, 42: permittit praetor. — [3]) Die Zusammenstellung von Addiction und Adjudication findet sich bei Böcking, Pand. 2 § 143 S. 65. Gegen Demelius, confessio S. 94 f. (wo auch Litteratur) möchte ich zweierlei betonen. 1) Auch bei der Adjudication spielt der Parteiwille eine Rolle. 2) Die Bedeutung der prätorischen Addiction zu einer blossen Anerkennung der Parteiübereinkunft und Zusicherung von Schutz abzuschwächen, geht nicht an. Denn a) würde das zu sg. bonitarischem Eigentume führen, zum ex auctoritate praetoris possidere; und b) sind Varro de l. L. 6, 30 (quod si tum imprudens id uerbum emisit (addico) *ac quem manu misit*, ille nihilo minus est liber) und Gaius 2, 24 doch sehr bestimmt. Dagegen auch, freilich mit ganz anderen Gründen, Schultze S. 458 ff. — [4]) Cicero Brut. 31, 117; Frontin de aq. 101; iudicandi munus (von den Quästionen): Velleius 2, 32. 3. Ob auch Cicero ad Att. 5, 7 und 5, 11. 6 hieher gehören? Madvig 2, 224 f. — [5]) Cicero p. Quinct. 9, 33: illud etiam restiterat, quod hesterno die fecerunt, ut te (iudicem) in ius educerent,

Länge der Parteireden zu bestimmen, neue Tagfahrten anzuberaumen, Frist und Aufschub zu bewilligen[1]), gegen Säumige und Widerspenstige einzuschreiten, Herausgabe von Urkunden anzuordnen, wie überhaupt die Beweiserhebung zu fördern, Kautionen aufzulegen, Abtretung von Klagen zu vermitteln. Man sollte meinen, dass er zu dem allem selbständiger Zwangsmittel nicht entraten könne. Es wird ihm neben seinem officium *ius* und *potestas* zugeschrieben[2]); es ist hie und da von Befehlen des Richters den Parteien gegenüber die Rede[3]); möglich wäre es auch, dass Zwischenbescheide (interlocutiones) von ihm ergiengen[4]). Allein Befehle kommen im Schiedsverfahren gleichfalls vor[5]); wahrscheinlich sind jene richterlichen Bescheide nicht: in den Rechtsbüchern bezeugt sind sie nur für das Cognitionsverfahren, und die pronuntiatio der Arbiträrklage führt sich allemal auf eine ausdrückliche prätorische Ermächtigung zurück. Vor allem aber: wir erfahren nichts von Zwangsbefugnissen des Richters, wodurch er seine Befehle von sich aus verwirklichen könnte.

Die Mittel, durch welche wenigstens in einzelnen Fällen eine Befolgung der richterlichen Anordnungen herbeigeführt werden kann, sind dreierlei Art. 1) Die Ablehnung oder Abänderung des Erkenntnisses steht dem Richter frei[6]). Davon macht er vor allem in Verbindung mit dem iuramentum in litem Gebrauch. Er darf nach seinem Ermessen den Eid zulassen oder abweisen[7]). Am Ende ist er aber auch hier von der Partei abhängig: denn ohne Parteiantrag ist er nicht befugt, über die gewöhnliche Schadensschätzung hinauszugehen oder auch nur eine höhere Verurteilung anzudrohen. Immerhin

---

ut nobis tempus quamdiu diceremus praestitueres: quam rem facile a praetore impetrassent, nisi tu quod esset tuum *ius et officium potestasque* docuisses.

[1]) Cicero p. Caec. 7. — [2]) S. 40 A. 5; fr. 18 comm. diu. 10, 3. — [3]) Gellius 14, 2. 11 (iussi diem diffindi); Seneca ep. 7, 3. 15 (nega tibi liquere et nos reuerti iube). Die Stellen bei Degenkolb S. 91 beziehen sich auf Cognition. — [4]) Keller A. 770 S. 333 W. — [5]) Fr. 19 § 2, fr. 21 § 8 § 11 sq., fr. 23 § 3 (Celsus) de rec. 4, 8. — [6]) Darüber namentlich Bekker, Aktionen 2, 169 f. (s. z. B. fr. 55 de AE. 19, 1; fr. 9 de praescr. u. 19, 5). — [7]) Fr. 4 § 2, fr. 5 § 3 de in l. iur. 12, 3.

hält er sich hier durchaus in den Grenzen der Rechtsprechung im engeren Sinne[1]).

2) Der Prätor hat einige Rechtsmittel aufgestellt, die im Grunde nur der Durchsetzung richterlicher Anordnungen dienen. Die Fragen hätten recht wol als Zwischenstreitpunkte durch besondere Bescheide des Richters erledigt werden können. Man muss dahin das Editionsgesuch rechnen, das allerdings überhaupt nur in sehr beschränkter Weise statthaft ist.

3) Besonders wichtig sind endlich die Fälle, wo das Gesetz selbst Nachteile für den Ungehorsam gegen richterliche Befehle androht. Diese sind freilich auch wieder unter sich verschieden, vereinzelt und ohne inneren Zusammenhang. Es gehört dahin a) der mittelbare Zeugniszwang, der in der XIItafelmässigen Strafe der Intestabilität gegen den Zeugnisweigerer liegt. Die Ordnung des Eremodicium ferner b) erfolgte gleichfalls durch die XII Tafeln. Später scheint die Praxis mildernd eingegriffen zu haben[2]) — darauf kommt es hier weiter nicht an. Endlich aber und vor allen Dingen ist c) die actio iudicati hieher zu stellen.

Ein richterliches Erkenntnis enthält stets, wie sein Name sagt, ein Urteil über Tatsachen und Rechtsverhältnisse. Ob der Richter sich mit dieser Feststellung begnügt, ob er noch einen Befehl beifügt, oder ob er seinen Spruch in die Form des Befehles kleidet, ist für das Wesen des Erkenntnisses gleichgiltig: in den letzten beiden Fällen zieht der Richter aus seiner Feststellung gleich den notwendigen Schluss. Aber wie sehr dieser ein formaler ist, sieht man aus dem abweisenden Erkenntnisse: der Kläger wird ab- und zur Ruhe verwiesen, d. h. ihm „geboten“ inskünftig stille zu schweigen. Ganz ebenso verhält es sich mit dem Leistungsbefehle im verurteilenden Spruche. Denn unter allen Umständen steht hinter dem Richter die Statsgewalt, die den Spruch vollstreckt. Die Partei erstrebt das Urteil nicht, weil es ihr von Wert wäre, die Ansicht einer bestimmten gelehrten oder ungelehrten Körperschaft über die streitige Rechtsfrage kennen zu lernen, sondern weil sie weiss, dass sie auf Grund des Erkenntnisses

---

[1]) Keller § 67, S. 339 W. — [2]) Fr. 5 pr. de poen. 48, 19; fr. 53 pr. de re iud. 42, 1?



zur Befriedigung ihrer Ansprüche gelangen kann, dass das Schwert bei der Wage ist. Bedeutungsvoll also ist die äussere Gestalt des Urteils nur, weil sich daraus auf den Umfang der richterlichen Befugnisse schliessen lässt. Denn die Zwangsvollstreckung kann der Richter selbst übernehmen: dann wird er seinen Spruch in irgend einer Form befehlend fassen, um damit seine verwaltende Tätigkeit zu begründen und einzuleiten. Oder es kann dem siegreichen Kläger nur die Ermächtigung erteilt werden, seinerseits die Vollstreckung zu betreiben: dann kann der Richter diese Ermächtigung in den Spruch einrücken oder daran hängen (Vollstreckungsklausel). Allein logisch erforderlich für eine gesicherte Zwangsvollstreckung ist das in keiner Weise. Das Gesetz, das die Exekution nach ihren Voraussetzungen, ihrem Gange und ihren Wirkungen ordnet, ist eine hinreichende Unterlage für das Vorgehen des Klägers. Welche Gestaltung im einzelnen Falle gewählt wird, hat wenig oder kein juristisches Interesse. Es richtet sich danach, wie die positive Rechtsordnung der öffentlichen Aufgabe, die hier vorliegt, am besten genügen zu können meint. Diese geht aber dahin, dem Verletzten zu seinem Rechte zu verhelfen[1]). Wo der Richter vollstreckt, da ist ihm neben der Urteilsfindung noch eine besondere statshoheitliche Gewalt übertragen: Graf und Schöffe sind in seiner Person verschmolzen. Im anderen Falle ist der Richter nur eine Urteilsmaschine: das ist das System des römischen klassischen Verfahrens.

Die Befugnisse des iudex erlöschen sofort mit abgegebenem Spruche, was darauf folgt „geht ihn nichts an“[2]). Sein Erkenntnis ist im vollsten Sinne des Wortes ein Urteil: durch die Formel wird er geradezu angewiesen eine Schlussfolgerung zu machen. Wir wissen nicht, wie die römische Sentenz lautete. Allein wenn man sich an die bescheidene Fassung des Strafurteils mit seinem *fecisse uideri*[3]), oder seinem immer-

[1]) Degenkolb S. 107 sieht das „öffentliche Interesse“ darin, dass das subjektive Recht „nicht vereitelt werde und nicht machtlos sei.“ Das bedeutet wol das Gleiche. — [2]) Fr. 55 de re iud. 42, 1; fr. 1 § 2 de usur. 22, 1. — [3]) Festus v. par. cau. p. 238; Cicero acad. pr. 2, 146; Verr. 2, 93; 5, 14; de fin. 2, 36; vgl. Plinius ep. 5, 1. 6; Apuleius de mag. 2 p. 381. Die Minucier (sent. Min. Z. 24 sqq.) sagen *uidetur oportere*

hin subjektiven *condemno* erinnert, so wird man auch hier eine ähnliche Formel vermuten dürfen: in den Quellen wüste ich nichts, was dem widerspräche. Indes auch wenn sie eine befehlende wäre[1]), sie könnte das Urteil nicht zu etwas anderem machen, als es ist.

Denn beim Richterspruche setzt die vollkommen selbständige a. iudicati ein[2]). Es scheint mir zu ihrer richtigen Würdigung unerlässlich die Tatsache zu Grunde zu legen, dass die manus iniectio in den XII Tafeln ausdrücklich als Zwangsvollstreckungsverfahren angeordnet ist, mag sie als solches erfunden oder verwendet sein[3]). An ihre Stelle ist die a. iudicati getreten. Die m. iniectio mag ursprünglich gebändigte Selbsthilfe gewesen sein, im Laufe der Zeit ist sie jedesfalls eine wahre Legisaction geworden. Man ersetzte sie folgerichtig durch eine andere actio. Das war, wie die römischen Anschauungen einmal sind, durchaus selbstverständlich. Der Partei fällt im ordentlichen Verfahren stets die Initiative zu und diese hat durchgängig die Form der actio. Dazu kommt aber, dass der Vollstreckung gegenüber noch rechtsgiltige Einreden gemacht werden dürfen: für solche Fälle muste der Prätor wieder ein iudicium niedersetzen; es war ihm untersagt, Rechtsfragen selber zu erörtern. So wurde man von zwei Seiten her auf diese unzweifelhaft eigenartige Form des Vollstreckungsverfahrens gedrängt.

Die römischen Juristen haben die a. iudicati in mehrfacher Beziehung als eine rein privatrechtliche Klage behandelt: sie bezeichnen sie als erhaltende, vererbliche und immerwährende, genau so wie Privatansprüche aus Vertragsverhältnissen[4]).

---

und brauchen dann abwechselnd Conjunctiv *(dent)* und Imperativ *(dare debento)* (Bruns p. 254). Das ist aber weniger ein Urteil als eine Neuordnung der Grenzen und der Abgabepflicht.

[1]) Degenkolb S. 91 verweist zu Gunsten des iussus auf fr. 59 pr. § 1 de re iud. 42, 1. Aber einmal ist die Stelle aus einer Schrift de omnibus tribunalibus entnommen, bezieht sich also schwerlich auf den Ordinarprocess. Und sodann weiss ich die Formel: *solue quod petitum est* nicht mit der cond° pecuniaria zu vereinbaren. — [2]) Gaius 3, 180: sed si condemnatus sit, *sublata litis contestatione* incipit ex causa iudicati teneri. — [3]) Dass die Worte, wie sie Gellius 20, 1. 45 (sic enim sunt, ut opinor, uerba legis) berichtet, sich in demselben Zusammenhange in den XII T. vorfanden, wird man nicht bezweifeln. — [4]) Fr. 6 § 3 de re iud. 42, 1.



Sie schieben ihr eine obligatio unter und sprechen von *iudicati teneri* und *iudicati obligari*[1]). Indessen ist das doch sehr erklärlich. Einmal legt die genaue Wechselbeziehung zwischen actio und obligatio nahe, diese vorauszusetzen, wo jene vorhanden, zumal wo sie eine civile ist. Dann aber wies der alte Spruch: *post rem iudicatam iudicatum facere oportere* geradezu auf eine Schuldverbindlichkeit hin, die für den Besiegten begründet sei. Und in der Tat, das Zurückgreifen auf das alte Verpflichtungsverhältnis ist durch die Klagenconsumption ausgeschlossen, es besteht nur noch die aus dem Urteile fliessende feste Geldschuld[2]). Wie hätte man diese neue Beziehung anders bezeichnen sollen, selbst wenn der Stat sie einzufordern hätte?

Wenn man wegen dieser Initiative des Klägers und der Form der actio dem römischen Urteile eine „rein privatrechtliche Wirkung" zugeschrieben und seine ganze Bedeutung in der Schöpfung eines liquiden Anspruches gesehen hat, an dessen Vollzuge der Obrigkeit von sich aus nichts gelegen sei[3]), so scheint man damit die äussere Gestalt über Zweck und Inhalt zu stellen. So sauber lässt sich das Gewebe aus öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Fäden nicht auftrennen. Den unschönen und dehnbaren Ausdruck Interesse, bei dem sich gar nichts bestimmtes denken lässt, vermeide ich grundsätzlich[4]). Es kann sich bei den verschiedenen Exekutionsformen immer nur um ein Mehr oder Minder des Eingreifens der Statsgewalt, nicht um eine vollständige Zurückhaltung handeln. Unläugbar ist ihre unmittelbare Beteiligung bei der

---

[1]) Incipit reus ex causa iudicati teneri: Gaius 3, 180; coepit pater iudicati teneri: fr. 9 § 8 de pec. 15, 1; soluisse accipere debemus eum, qui . . . ea obligatione liberatus est, quae ex causa iudicati descendit: fr. 4 § 7 de re iud. 42, 1; ut ab obligatione iudicati discedatur: fr. 8 § 3 de nou. 46, 2; semel causa transire uidetur ad condemnationem et inde pecunia deberi: fr. 16 § 6 de pign. 20, 1. — [2]) Fr. 16 § 6 de pign. 20, 1; fr. 37 § 6 de op. lib. 38, 1. Die Röm. Juristen haben unseres Wissens nie Bedenken deswegen gehabt, dass die a. iud. eine actio de eadem re sei; vgl. Bekker 2, 177 A. 1. — [3]) Degenkolb S. 94 f., S. 106, auch 118 f. — [4]) Bei dem Ueberwuchern dieses Ausdruckes und „Begriffes" in der neuesten Stats- und Rechtslehre muss man sich durch Auktoritäten decken, wenn man beide ablehnt: ich verweise also auf Gneist, Verwaltung, Justiz, Rechtsweg S. 52 f.

römischen Exekution gering. Die blosse Klarstellung des Anspruches, auf die alles ankommen soll, kann allein eine Zwangsvollstreckung nicht herbeiführen; sondern höchstens nur dann, wenn sie von der Statsgewalt bewirkt ist. Lässt sich denn aber wirklich der römische Urteilsanspruch als „formell durchaus liquid“ bezeichnen, dem noch die Einreden des Notbedarfs, der Aufrechnung und der beiden Senatusconsulte entgegengehalten werden können? Vielmehr muss man behaupten, dass auch die a. iudicati keine gewöhnliche Privatklage, sondern von statsrechtlichen Rücksichten durchsetzt ist[1]). Die 30 dies iusti mit ihrer Zinsfreiheit einerseits, andererseits früher das duci iuberi, später die condemnatio in duplum, die Abschneidung der meisten Exceptionen, die immer mehr ausgedehnte missio und uenditio lassen sich doch lediglich daraus erklären, dass der Stat (der Prätor) dem Kläger helfen wollte, und nicht etwa unbeteiligter Zuschauer war.

In der Tat ist die besondere Art der römischen Zwangsvollstreckung vollständig durch die beiden statsrechtlichen Grundsätze bedingt, welche das Ordinarverfahren beherschen: der Prätor will und soll nicht auf Grund seines imperium merum einschreiten, und der Spruch des Richters ist unantastbar und unabänderlich. Daraus ergibt sich: 1) dem siegreichen Kläger muss notwendig die Initiative zufallen; 2) der Richterspruch muss auf eine feste Geldsumme gehen, d. h. die Litisästimation muss in das Processverfahren selbst hineingezogen werden[2]); 3) Verurteilung auf Herausgabe einer Sache, auf Wiederherstellung eines Zustandes u. dgl. darf nicht vorkommen: denn diesen Spruch könnte der Prätor nur durch Naturalexekution vollstrecken; darum muss auch hier die Erzwingung der Naturalleistung dem Richter überlassen bleiben (actiones arbitrariae).

Wenn man so die a. iudicati aus statsrechtlichen Anschauungen und Erwägungen der Zweckmässigkeit herleitet[3]), dann bedarf man für sie nicht noch einer besonderen Construktion. So scheint mir zunächst 1) die Ansicht nicht begründet, welche darin eine Fortsetzung oder Wiederbelebung des ursprünglichen Rechtsanspruches erblicken will: der im

---

[1]) Vgl. auch Bekker, Aktionen 2, 185. — [2]) Darüber vor allen Bekker, Aktionen 1, 82 ff.; Lenel, ed. perp. S. 327 ff. — [3]) Auf diesem Standpunkte steht, denke ich, Keller § 73 S. 370 W.



Urteile bejahte Anspruch führt zur Vollstreckung. Um diese Beglaubigung zu erlangen, „um durch den Process in gesteigerter Kraft aufzuleben“, muss er sich opfern und mindestens als Zwangsrecht untergehen[1]). Es ist natürlich nicht das geringste dagegen einzuwenden, wenn man versucht den innigen Zusammenhang zwischen dem Klagerechte und der a. iudicati durch Bilder sich und anderen zu veranschaulichen. Aber der Grundgedanke des römischen Processes ist damit gewis nicht getroffen. Es ist nicht leicht einzusehen, wie so ein Privatanspruch sich energisch durchsetze, wenn er untergeht. Man darf fragen, ob ein dingliches Recht kraftvoller geworden sei, wenn es als vollstreckbare Geldforderung auflebe. Man könnte auch auf die eigentümliche Art verweisen, wie die römischen Juristen der a. iudicati Pfandrecht und priuilegium exigendi zu retten wissen[2]).

Anders steht es 2) mit der Auffassung, welche die a. iudicati bereits in unfertiger Form mit der Litiscontestation begründet werden lässt[3]). Sie hängt genau mit der Frage

---

[1]) Degenkolb S. 127. Aehnlich jetzt Schultze, Privatrecht und Process 1, 64 ff. — [2]) Fr. 13 § 4 de pign. 20, 1; fr. 29 de nou. 46, 2. — [3]) Bekker 2, 179 ff. Degenkolb S. 107 A. 1 bezeichnet eine ähnliche Vorstellung als „naheliegend“: die Litiscontestation könnte ein „Urteilsgelöbnis“ sein. — Gerade umgekehrt sieht Schultze die sg. Klagenconsumption als Folge des Urteils an; der Satz *bis de eadem re n. s. a.* bedeutet: es darf nicht zweimal über denselben Gegenstand geurteilt werden (S. 272, S. 500). Die Formel ist ein prätorisches, die legisactio ein Parteiurteil (S. 455 f., S. 476 f.). Die Charakterisierung der Formel als Urteil ist nicht neu (Planck, Beweisurteil S. 100 f. und andere, die Degenkolb S. 94 A. aufführt); aber noch niemals ist sie so zum Mittelpunkte des Formularverfahrens gemacht worden. Manchmal kann es so scheinen, als verstünde Sch. unter Urteil eine durch logische Operationen gefundene, bindende Feststellung der leitenden Obersätze für den Richter (S. 233 f., S. 241). Indes dann würde das Urteil mit der Funktion der Formel als „Rechtzeugungsakt“ zusammenfallen, die Sch. (S. 237 f.) genau unterscheidet. Urteil hat offenbar die processualische Bedeutung von Erkenntnis. Damit aber verbindet sich uns die Vorstellung vom Abschlusse eines Processabschnittes. Aeusserlich ist die Uebergabe der Formel ein sehr merkbarer Einschnitt; sie ist es aber nach Schultzes eigener Darstellung nicht in dem Sinne, dass dadurch ein einzelner Teil des Streitstoffes vom Prätor endgiltig erledigt würde. Auch der Richter hat noch die Obersätze zu finden (S. 239 f.), der Prätor kann tatsächliches selber prüfen (S. 251 f.) und formelle Voraussetzungen dem

nach der Streitbefestigung zusammen und wird besser in Verbindung mit dieser nachher besprochen.

Wenn man die Summe aus dem zieht, was bisher über die Stellung des Richters gesagt worden ist, so ergibt sich, dass der Geschworene den Parteien durchaus nicht als Obrigkeit gegenübertritt: er hat keinerlei magistratische Berechtigung; sein einziges Zwangsmittel ist die Modifikation des Erkenntnisses; von dieser aber kann er nur in beschränkter Weise und unter besonderen Umständen Gebrauch machen. So ist er recht eigentlich, wie er heisst, iudex priuatus. Und von diesem Resultate muss notwendig auch die Meinung über die Litiscontestation und das Processverhältnis mitbestimmt werden. Mir scheint die Behandlung beider bei den römischen Juristen an einem unheilbaren Zwiespalte zu leiden: die Tätigkeit des Richters ist unzweifelhaft eine obrigkeitliche, und dennoch ist er kein mit Zwangsgewalt ausgerüsteter Beamter;

Richter zur Prüfung überweisen (S. 273 ff.). Aeusserliche Gestaltung und Inhalt zeigen auch keine Aehnlichkeit mit einem Erkenntnisse: die Formel ist ein Befehl an den Richter, nicht eine Mitteilung an die Parteien; sie erscheint viel mehr als Grundlage und Beginn eines neuen denn als Endpunkt des alten Verfahrens; die Parteien üben durch Vorschläge und Anträge einen Einfluss auf die Abfassung, wie er mit der Stellung eines erkennenden Richters nicht wol vereinbar ist. Dass an die Formelübergabe sich die Klagenconsumption knüpft, ist für Sch. ein Hauptbeleg für die Urteilsnatur der Formel (S. 331 f.). Aber 1) gerade diese Consumption, sofern sie sich auf die Formel stützt, wird mit exc° rei in iudicium *deductae* geltend gemacht: und diese exc° oder Klausel der exc° hielt man von der exc° rei *iudicatae* streng gesondert. Die Wirkung der Klagaufzehrung wird 2) in unseren Rechtsbüchern an die Litiscontestation, nie an das Aussprechen der Formel geknüpft (Gaius 3, 180 f.; fr. 11 § 1, fr. 28 de nou. 46, 2); die LC. wird mit *iudicium accipere, litem incohare, in litem deducere* gleichgesetzt (Vat. § 263; fr. 31 § 1 de nou. 46, 2; fr. 50 § 2 de pec. 15, 1), womit überall eine Tätigkeit der Parteien bezeichnet wird. Und so ist auch nach Gaius 4, 107 sq. das consumierende *agere* unzweideutig das Vorgehen der Parteien. Allerdings ist ja richtig, dass die LC. im Formularverfahren mit der Abgabe der Formel zusammenfällt. Eben darum ist es notwendig auf die Legisactionen zurückzugreifen, wo das Institut noch selbständig besteht. Die klagvernichtende Wirkung knüpft Sch. hier an das Parteiurteil. Als solches bezeichnet er bald die Legisactio (S. 513), also z. B. uindicatio und contrauindicatio (S. 476, S. 490), bald das sacramentum (S. 426, S. 590, S. 526), bald die

die Rechtsordnung des Judiciums ist von statsrechtlichen Rücksichten durchzogen, und dennoch gehen die Juristen durchweg von privatrechtlichen Begriffen und Anschauungen aus, wo sie eine Construktion versuchen. Auf diesem Wege ist eine Ausgleichung der Gegensätze nicht zu erreichen.

1) Die römischen Juristen bezeichnen bekanntlich die Litiscontestation nach ihrer Wirkung als *nouatio necessaria.* Und in der Tat ist mit ihr die Vernichtung der alten actio und die Entstehung einer neuen Verbindlichkeit des Beklagten verknüpft. Dass die Processnovation von der vertragsmässigen wesentlich verschieden ist, wird allseitig zugegeben[1]). Man streitet im Grunde nur darüber, ob die Juristen den Ausdruck ernsthaft genommen oder lediglich als Denkfigur verwendet haben. Die letztere Auffassung scheint mir den Quellen mehr zu entsprechen. Denn einmal sind die Juristen gar nicht

---

litiscontestatio (S. 503). Er bestimmt das Parteiurteil als „eine urteilsmässige nackte Bejahung oder Verneinung des Rechts, ohne jede Beziehung oder jeden Hinweis auf einen Tatbestand" (S. 513). Die LC. des ältesten Verfahrens, meint er (S. 515), „bestand ja eben in der Gegenüberstellung der beiderseitigen conträren Parteiurteile". Da kann er sie denn freilich mit der LA. verselbigen. Indessen hat man bisher nach Festus-Paulus p. 57, p. 38 allgemein die LC. für einen selbständigen zweiseitigen Parteiakt nach Feststellung des Judiciums (ordinato iudicio) gehalten. Man könnte nun die consumierende Wirkung dennoch in der leg. a. finden und die LC. lediglich als Urkundsakt auffassen (Wach zu Keller § 12 A. 186 S. 54; dagegen Demelius, Confessio S. 91 f.). Allein 1) ist dafür Gaius 4, 108 sicher kein Beweis: wenn man die Stelle im Zusammenhange mit § 106 und 7 liest, so ergibt sich, dass *agere* von Gaius hier nicht in dem prägnanten Sinne von *lege agere* genommen sein kann. Sodann aber 2) würde diese Auffassung, wie mir dünkt, doch nicht zur Theorie vom Parteiurteile führen. Denn das éine folgt m. E. aus der Betonung der LC. und der ordinatio iudicii als Voraussetzung der Consumption, dass einseitiges Parteiurteil (confessio in iure) nicht ipso iure klagevernichtend wirkt (so Demelius S. 93). Begreiflich bekämpft Sch. diese Anschauung. Sein Hauptgegengrund (S. 480, S. 484) liegt, so scheint es, in dem argumentum ad absurdum, dass sonst der confessus den Process stets von neuem aufnehmen könne, also die Zwangsvollstreckung eine „provisorische" wäre. Ich denke, Demelius läugnet nur die Rechtskraft als ipso iure wirkend. Die Befugnis des Prätors zur denegatio actionis oder exc° doli gegenüber dem boshaften Geständigen möchte ich nicht in Zweifel ziehen.

[1]) Selbst Keller, CP. § 60 S. 302 W.

ängstlich darauf aus, den Novationsgedanken festzuhalten und durchzuführen. Das zeigt der fast naive Satz: *non solet deterior fieri condicio eorum qui litem contestati sunt.* Denn er ist nicht etwa bloss der dürftige Notbehelf eines kleinen Juristen[1]), sondern augenscheinlich dient er der ganzen späteren Rechtswissenschaft[2]). Nicht viel höher steht die Art, wie man das Fortlaufen der Zinsen, den Weiterbestand des Pfandrechts u. ä. nach der Processnovation zu rechtfertigen sucht[3]). Man beruft sich darauf, dass die pfandmässig gesicherte Schuld nicht getilgt oder gedeckt sei[4]). Und doch ist hier, wie bei der freiwilligen Novation, eine neue Obligation begründet[5]); und doch hebt auch die Processnovation die Bürgschaft auf[6]). — Weiter aber: sieht man näher zu, so kann es kaum zweifelhaft sein, dass die beiden „Folgen der LC." zwar in demselben Augenblicke entstehen, aber nicht eigentlich durch die LC. hervorgebracht werden. Die Consumption der Klage tritt jedesfalls unabhängig vom Parteiwillen, lediglich als Wirkung des Verbotes wiederholter Klageerhebung ein. Das hat man teils ausdrücklich ausgesprochen[7]), teils mittelbar dadurch anerkannt, dass man noch nach einem besonderen Grunde für die Consumption sucht[8]). Dabei wird regelmässig der Kläger ausschliesslich ins Auge gefasst; gegen ihn soll sich der Satz: *bis de eadem re* richten: er soll mit der Klage Ernst machen, er soll die Würde des Gerichts nicht durch wiederholtes Anbringen verletzen, er soll den vielbeschäftigten Prätor nicht mit immer neuen Quengeleien behelligen. Besser, glaub ich, stellt man sich auf den Standpunkt der rechtsprechenden Behörde. Der Satz ist in der Tat eigentümlich römisch, nicht logisch notwendig[9]), und hängt aufs genaueste mit der Tren-

---

[1]) Gaius fr. 8 de comp. 16, 2. — [2]) Fr. 86 sq. de R. I.; fr. 29 de nou. 46, 2. — [3]) Pomponius fr. 90 de V. O. 45, 1; fr. 11 pr. de P. A. 13, 7. — [4]) Fr. 13 § 4 de pign. 20, 1; fr. 9 § 3 de P. A. 13, 7; vgl. fr. 27 de pign. — [5]) Fr. 11 § 1 de P. A. 13, 7. — [6]) Cicero ad Att. 16, 15. 2; Paulus 2, 17. 16. Dass bei der Bürgschaft Klagen de eadem re vorliegen, beim Pfandrechte nicht, mag richtig sein (Bekker, Consumption S. 287 f.; vgl. Keller A. 709). Aber die römischen Juristen verwerten diesen feinen Gedanken nirgends. — [7]) Bekker, Aktionen 2, 181 A. 20. — [8]) Vgl. Keller A. 307 S. 299 W. — [9]) Das scheint Bethmann-Hollweg 2, 485 anzunehmen.

nung von ius und iudicium zusammen. Mit der LC. soll die Tätigkeit der Consuls in diesem Verfahren zu Ende sein; weder er selbst, noch sein Nachfolger, darf die Sache von neuem aufnehmen. Seine Tätigkeit beginnt erst wieder, wenn aus dem verurteilenden Erkenntnisse eine neue Klage entsprungen ist. Also der Spruch richtet sich auch hier gegen den Consul. Er ist volksrechtlich-republikanisches Gewohnheitsrecht: darum kennen wir seinen Ursprung nicht und seine Fassung ist verschieden. Er schützt den Richter gegen die willkürliche Abforderung der rechtshängigen Sache[1]). Darum ist es denn sehr erklärlich, dass die Juristen trotz der Novation eine Naturalobligation bestehen lassen. Doch scheint auch hier erst Julian mit seiner Naturalobligation die doktrinäre Summe gezogen zu haben[2]). Vor ihm liess man nur einige Wirkungen der alten Obligation aus Billigkeitsrücksichten weiter bestehen[3]).

2) Die zweite Folge der LC. ist die Begründung eines neuen Rechtsverhältnisses unter den Parteien, das sg. *iudicio contrahi.* Der Inhalt dieser Processobligation lässt sich am besten abnehmen aus der cautio iudicatum solui. Denn dabei handelt es sich doch offenbar um eine Verstärkung der durch die LC. ohnehin übernommenen Verbindlichkeit. Die beiden Klauseln *de re defendenda* und *de re iudicata* entsprechen der litis exercitatio und dem iudicio teneri[4]). Beide Verpflichtungen sind offenbar sehr verschiedener Art, die éine eine gegenwärtige, sichere, die andere eine künftige, ungewisse. Beide fasst das alte Sprichwort unter der „ineleganten Bezeichnung" *condemnari oportere* zusammen. Nicht ganz ohne Recht.

3) Der Processbetrieb seitens des Beklagten ist recht eigentlich eine Verpflichtung; er muss beim Zustandekommen

---

[1]) M. W. kommt kein Fall vor, wo wegen Erhebung einer zweiten Klage oder Anstellung eines Processes de eadem re eine Intercession stattgefunden hätte. Ich glaube aber nicht, dass man dies argumentum e silentio gegen den öffentlichrechtlichen Ursprung des Satzes wird anführen wollen. Gegen ein ungehöriges Verfahren des Prätors schützte die ipso iure Consumption bei legitima iudicia; und die Aufnahme der exc. rei iud. in die Formel konnte man durch Intercession erzwingen. — [2]) Fr. 60 pr. de cond. ind. 12, 6; fr. 8 § 3 de fideiuss. 46, 1. — [3]) Gaius fr. 8 de comp. 16, 2; Ulpian fr. 11 pr. § 1 de P. A. 13, 7. — [4]) S. namentlich Bekker, Aktionen 2, 178 f.

des Urteils mitwirken. Unmöglich kann man diese Pflicht als privat- und materiellrechtliche ansehen. Sie ergibt sich aus der römischen Auffassung von der Stellung der Parteien im Processe. Ihre Vernachlässigung hat daher auch nur processualische Folgen: der nicht erscheinende Beklagte setzt sich dem Urteile im Eremodicium aus. Darum ist, denke ich, der Ausdruck *condemnari oportere* für diese Pflicht nicht so ganz ungeeignet. Eine ähnliche Pflicht zum Processbetriebe liegt dem Kläger nicht ob. Bis in die byzantinische Zeit gibt es daher auch keine *cautio de prosequenda lite*. Den Anreiz zur Fortsetzung des Verfahrens fand man wol im eigenen Interesse des Klägers; seit der lex Iulia in der kurzen Processverjährung. So waren das Sprichwort und die Juristen durchaus befugt, dies Processverhältnis wie eine einseitige Verbindlichkeit des Beklagten zu bezeichnen.

4) Zugleich entsteht bei der LC. eine eigentümliche, schwer bestimmbare Gebundenheit des Beklagten. Sie wird hervorgebracht durch die Möglichkeit seiner künftigen Verurteilung. Wenn das Sprichwort auch sie in dem condemnari oportere mitbegreift, so ist das erklärlich und entschuldbar: das Verhältnis lässt sich eben nicht mit éinem Worte kennzeichnen. Die Juristen sprechen gelegentlich hier von *iudicio contrahi*. Indessen sie haben, so weit ich sehe, diesen Gedanken einer vertragsmässigen Obligation nur ein einzigmal einem praktischen Rechtssatze als Grundlage untergeschoben. Der Vater haftet mit der a. iudicati de peculio auch dann, wenn er aus dem ursprünglichen Anspruche gegen den Sohn nicht mitverpflichtet gewesen wäre. Papinian oder Marcellus begründet das mit dem iudicio contrahi [1]). Dagegen findet sich, so nahe es gelegen hätte [2]), die gleiche Denkform nicht, um die Vererblichkeit und die Dauer der Klage nach der LC. zu rechtfertigen. Vielmehr wird der unjuristische Satz herangezogen: die Lage des Klägers dürfe sich durch die Streitbefestigung nicht verschlechtern [3]). Gewis werden wir daraus nicht folgern dürfen,

---

[1]) Fr. 3 § 11 de pec. 15, 1. Dieselbe Wendung begegnet auch bei der Eideszuschreibung: fr. 5 § 2 eod. — [2]) Savigny, System 6, 63 f. verwertet die Idee. — [3]) Fr. 26, fr. 58 de O. et A. 44, 7; fr. 9 § 3 de iurei. 12, 2; fr. 8 § 1 de fidei. et nom. 27, 7; fr. 13 pr., fr. 28 de iniur. 47, 10; fr. 139, fr. 164 de R. I.

dass die Juristen für die construktive Bedeutung des iudicio contrahi allgemein ein lebhaftes Gefühl gehabt haben.

5) Die persönliche Beziehung der Parteien, welche die LC. begründet, hat man als unfertiges Verhältnis dargestellt, das durch das Erkenntnis „gefertigt" werde, ähnlich der aufschiebenden Bedingung[1]). Der Vergleich liegt sehr nahe. Indessen möchte ich das Verhältnis lieber ein Schwebeverhältnis nennen. Aus zwei Gründen. Das Urteil ist 1) seinem Wesen nach Entscheidung einer Ungewisheit, nicht Vollendung von etwas Angefangenem; es stellt fest, dass der Anspruch von vornherein dagewesen oder nicht dagewesen ist. Darum hat es 2) rückwirkende Kraft, welche die erfüllte Bedingung entweder überhaupt nicht oder mindestens nicht immer hat. Aber der Grund, weshalb man diese Auffassung vermeidet, ist klar: es verbindet sich damit sehr leicht der Gedanke einer zweiten durch das Urteil bewirkten Novation. Die Scheu vor einer solchen zweiten Umwandlung ist mir nicht recht verständlich. In den Quellen vermag ich keinen zwingenden Satz dagegen zu finden[2]). Und selbstverständlich wäre diese Nova-

---

[1]) Bekker 2, 179 f. — [2]) Es handelt sich um den Nachweis, dass die römischen Juristen die a. iudicati als unfertige mit der LC. entstanden denken; dieser wird entnommen aus folgenden Stellen. 1) Pap. fr. 3 § 11 de pec. 15, 1. Der Jurist will erklären, warum der Vater mit der a. iudicati hafte, wenn der Sohn mit einer Klage belangt worden ist, die nicht de peculio gegen den Vater geht. Der Grund liegt ihm im *iudicio contrahi*. Kein Zweifel, dass er sich dadurch den Anspruch in einen vertragsähnlichen umgesetzt denkt: er sagt ausdrücklich, man habe nun nicht mehr auf den Entstehungsgrund der ursprünglichen Obligation, sondern lediglich auf die Judicatspflicht zu sehen (fr. 35 de nox. 9, 4). Dass der Sohn verurteilt ist, wird also hiebei vorausgesetzt; dass er gestorben sei, scheint mir nicht erforderlich. Sicherlich gienge die Klage auch gegen den Vater, wenn der Sohn während des Rechtsstreites stürbe. Aber diesen Fall bespricht Papinian nicht: es fragt sich, ob er sich dann ebenso ausgedrückt hätte. Und auf den Ausdruck kommt alles an. Die Stelle ist aus dem 9. Buche der Quästionen. Dort scheint Papinian die verschiedensten Verwicklungen dieser Art besprochen zu haben. 2) Fr. 10 § 1 sqq. de in r. u. 15, 3 behandelt verschiedene Fälle, wo der Sohn beklagt und verurteilt ist, und nun gegen den Vater mit der adjecticischen Judicatsklage vorgegangen wird. Der einen Entscheidung (fr. 10 § 3) fügt Ulpian die weise Bemerkung bei: *ego et ante condemnationem post iudicium patris nomine acceptum de in rem uerso patrem teneri puto.* Was er damit

tion so wenig eine wahre, wie die durch LC. herbeigeführte[1]). Deren beide Elemente aber scheinen mir vorhanden zu sein: die Processobligation verschwindet mit dem Erkenntnisse und die a. iudicati tritt an ihre Stelle.

6) Indessen diese Frage kommt für mich erst in zweiter Reihe in Betracht. Die Hauptsache ist, dass dieses Zwischenverhältnis nicht folgerichtig als bedingtes oder schwebendes durchgeführt wird. Der Gedanke, welchen man der Construktion zu Grunde gelegt hat[2]), der Beklagte habe den Kläger so zu befriedigen, als sei das Urteil im Augenblicke der LC. erfolgt, ist sicher nicht als Princip der Behandlung

---

sagen will, weiss ich vorläufig nicht. Jedesfalls erkennt er damit an, dass durch die Rechtshängigkeit ein Etwas von Verhaftung des Vaters eintrete. Dass dies der Embryo der a. iudicati sei, sagt er nicht. Hieher möchte ich 3) fr. 8 § 3 de nou. 46, 2 ziehen; man muss den Paragraphen in engste Beziehung zum vorausgehenden Paragraphen stellen. Celsus sagt: wenn man sich das von A versprechen lässt, was B versprechen werde, so tritt Novation der zweiten Obligation gleich mit ihrer Entstehung ein, falls der Wille darauf gerichtet ist. So ist es aber nicht mit der stip. iudicatum solui, wie man denken könnte: denn hier fehlt die Novationsabsicht. Hier ist also gerade die Judicatsobligation als futura gedacht. Endlich 4) die Hauptstelle fr. 8 § 3 de fideiuss. 46, 1: et post litem contestatam fideiussor accipi potest, *quia et ciuilis et naturalis subest obligatio*; et hoc et Iulianus admittit eoque iure utimur. an ergo *condemnato reo* exceptione uti possit, quaeritur; nam ipso iure non liberatur. et si quidem iudicati actionis acceptus non est, sed tantum litis exercitationis, rectissime dicetur uti eum exceptione posse; si uero acceptus fuerit etiam totius causae, cessabit exceptio. Die hier erwähnte ciuilis obligatio kann natürlich nur die Processobligation sein: sie so zu benennen, lag wegen des iudicio contrahi nahe. Dass damit nun aber zugleich die künftige Judicatspflicht bezeichnet sei, als jetzt schon begründete, weiss ich aus den Worten nicht zu entnehmen. Denn im Verlaufe der Stelle werden die litis exercitatio und die a. iud. nicht als nebeneinander bestehende, sondern als zeitlich einander folgende Verhältnisse erörtert. Der Einwurf: nam ipso iure non liberatur hätte m. E. (vgl. Keller CP. A. 843) keinen rechten Sinn, wenn mit dem Judicate nicht etwas neues begönne. Das kann nicht bloss die Umwandlung der bedingten in die unbedingte Obligation sein. Dann müste die Bürgschaft wie fideiussio für eine futura obligatio behandelt werden. — Auch Lenels Hinweis (ed. perp. S. 403 f.) darauf, dass es nur éine exc° rei iud. et in iud. ded. gegeben habe, entscheidet die Sache nicht.

[1]) Bekker selbst Consumption S. 300 f. — [2]) Savigny 6, 4.

zu betrachten[1]). Er tritt, soviel ich sehe, zuerst in hadrianischer Zeit auf[2]). Zunächst wird er verwendet, um die Mitherausgabe der causa rei bei Restitutionsklagen zu begründen. Das darf man eben nur als Denkform ansehen. Denn dass der arbitratus iudicis auch die causa rei mit umfasste, stand längst fest: wahrscheinlich rührt das von den alten Processkautionen her, durch welche man den Kläger von altersher sicherte[3]). Daher wäre es denn auch nicht weiter verwunderlich, wenn Julian statt dessen sich mit der einfachen Berufung darauf begnügt hätte, dass niemand aus fremder Sache Gewinn ziehen dürfe[4]). Später hat man den Gedanken auch verwertet, um die Hergabe der Sache im Eigentumsstreite trotz der Ersitzung während des Processes zu rechtfertigen[5]). Dass auch dieser Satz von altersher anerkannt war, wird man nicht bezweifeln wollen. Aus dem allem lässt sich ersehen, mit wie wenig klarem Bewustsein die römische Wissenschaft das Processverhältnis als bedingte Obligation sich dachte.

7) Endlich streitet man heutzutage darüber, ob die LC. ein Vertrag oder ein Quasicontract sei[6]). Im Grunde ist das mehr ein Streit um den Begriff des Vertrages, als der LC. Die Frage scheint mir genauer so zu stellen: ob man aus der einmal vorkommenden Wendung *iudicio contrahitur* und den begleitenden Umständen bei der LC. einen wahren römischen contractus erschliessen dürfe. Und das, glaub ich, muss man verneinen. Denn einmal ist der Gebrauch des Wortes *contrahere* ein so wenig technischer, dass es überall passt, wo eine Obligation begründet wird, wo ein Verpflichtungsverhältnis zu Stande kommt[7]). Die einmalige Zusammenstellung mit der Stipulation[8]) kann daran nichts ändern. Es tritt vor allem hinzu, dass der römische contractus stets beruht auf feierlichen oder formlosen Erklärungen der Parteien und immer

---

[1]) Bekker, 2, 184 A. 32. — [2]) Im Sc. Iuuentianum fr. 40 de H. P. 5, 3 und bei Maurician (?) fr. 35 § 1 de R. V. 6, 1; vgl. Gaius fr. 20 de R. V. 6, 1; fr. 9 § 5 ad exh. 10, 4; fr. 31 pr. de R. C. 12, 1. — [3]) Labeo 2, 162 f. — [4]) Fr. 17 de R. V.; vgl. fr. 55 sq. de H. P. 5, 3. Der Ausdruck *repraesentare* bezeichnet eben nur die Herausgabe mit der causa. — [5]) Paulus fr. 35 de V. S.; § 3 de off. iud. 4, 16. — [6]) Windscheid, actio S. 60 f.; Bekker 2, 180 f. — [7]) Vgl. auch Schlossmann, Vertrag S. 26 ff. — [8]) Fr. 3 § 11 de pec. 15, 1.

nur eine obligatorische Beziehung zwischen ihnen schafft. Hier aber sind das *actionem edere* und *iudicium accipere,* Akte deren Wesen wir übrigens nicht kennen, lediglich die Grundlage für die Erklärung des Prätors. Die Parteien schaffen nicht das Rechtsverhältnis unter Bestätigung des Prätors (und auch das würde bei einem contractus unerhört sein); sondern der Prätor schafft das Judicium, indem er den Richter einsetzt: unzweifelhaft darf er auch bei iudicium acceptum die actio noch verweigern. Und die so durch den Prätor entstandene Beziehung der Parteien kann man gewis nicht als rein privatrechtlich-obligatorisch bezeichnen. Vor allem ist sie ein zusammengesetztes Verhältnis: unbedingtes defendere und mögliches condemnari. Eine solche Verpflichtung lässt sich nach römischer Vorstellung nicht ohne weiteres durch Erklärung übernehmen, selbst durch Stipulation nicht. So erscheint also die Uebereinkunft der Parteien lediglich als die beiderseitige Erklärung, in das vom Prätor zu schaffende iudicium, wie es nach Inhalt und Wirkung gesetzlich normiert ist, einzutreten.

8) Allein mögen die römischen Juristen die LC. als wirklichen Vertrag angesehen oder mögen sie diese Vorstellung nur zur Construktion des Verhältnisses benutzt haben: für éinen wesentlichen Punkt kommt beides auf dasselbe hinaus. Es ist klar, wie mir scheint, dass sie in beiden Fällen die obrigkeitliche Stellung des Richters den Parteien gegenüber verneinen. Die Beziehung, welche durch den Process zwischen den Parteien naturgemäss entsteht, wird tatsächlich oder begriffsmässig auf den Willen der Privaten zurückgeführt; sie wird nicht aus der Vermittelung des Gerichts hergeleitet, das beide Teile gleichmässig seinen Anordnungen unterwirft und dadurch in ein Verhältnis zu einander bringt oder zwingt. Das ist aber erklärlich, wenn man im Auge behält, dass das römische Richteramt ein munus ohne alle selbständige Banngewalt ist. Denn damit fällt das wesentliche Merkmal der publicistischen Obligation weg: die Verwirklichung einer allgemeinen Untertanpflicht durch magistratischen Befehl auf Grund des Imperiums. Kellers oft wiederholte Frage[1]): sollten

[1]) Keller, ALZ. 1846. 2, 359; Bethmann-Hollweg 2, 484 A. 1.

die Römer wirklich von der statsrechtlichen Kraft des Richteramtes gar keinen Begriff gehabt haben? darf uns der praktischen Gestaltung der Dinge gegenüber nicht irre machen.

II.

1. Provinzialgrundsteuer.

Die Grundsteuer in den Provinzen beruht nach der Auffassung von Matthiass darauf, dass der Boden des Landes im quiritarischen Eigentum des römischen Volkes steht: die Aecker werden den Provinzialen zu precaristischem Besitze und Genusse überlassen unter der Bedingung, davon eine Abgabe zu entrichten. Freilich kommt (auch hier wieder) das Rechtsinstitut nicht zum reinen Ausdrucke: der Besitzer wird mit dinglichen Klagen geschützt; das Grundstück geht nebst den daran haftenden, selbst den rückständigen Steuern auf den Erben und den Singularsuccessor über; der Stat aber hat zur Geltendmachung seines Steuerrechts lediglich eine Vindication des Grundstückes. — Diese Anschauung von der Sache ist nicht neu: sie überträgt Wächters bekannte Construktion des *solarium* bei der Superficies[1]) auf das statsrechtliche Gebiet; von da soll sie dann das Privatrecht als Vorbild für Emphyteuse- und Platzrechtskanon herübergenommen haben[2]). Mir scheint die ganze Auffassung für alle Grundabgaben, öffentliche wie private, gleichmässig unhaltbar.

I. Das precarium am Provinzialgrundstücke ist nach Matthiass kein reines: es ist eine entgeltliche, vererbliche, veräusserliche, aber bedingte Inhabung; der Eigentümer wird ausschliesslich durch eine dingliche Privationsklage gesichert. Der Gestaltung des privaten Precariums widerstreben diese Merkmale sämtlich, wie kaum weiter ausgeführt zu werden braucht. Das Precarium schliesst 1) gleich dem nächstverwanten Commodate die Entgeltlichkeit aus; es ist wie dieses seinem Wesen nach eine liberale Zuwendung[3]). Da es kein

---

[1]) Wächter, Abhandlungen der Leipziger Juristenfacultät I, 88 f. Bekanntlich ist auch Wächter nicht zuerst auf den Gedanken verfallen; er findet sich bündig entwickelt z. B. bei Muehler, de i. emph. transf. p. 48 sq. unter Berufung auf die Glosse und Jason. — [2]) Das geht namentlich aus S. 64 ff. deutlich hervor. — [3]) Fr. 1 § 2 sq.; fr. 2 § 2 de prec. 43, 26; Degenkolb, Platzrecht S. 188 A.

contractus ist, so hat es auch keinen Raum für einen pactum adiectum, das eine Gegenleistung festsetzte[1]). Wenn 2) der Precarist die Sache weiter gibt (veräussert), so erscheint er als *dolo desinens possidere;* er bleibt demnach mit dem Interdikte belangbar[2]); jedesfalls kann das Interdikt gegen den dritten Erwerber nicht erhoben werden. Bezüglich der Vererbung scheinen dagegen 3) bereits beim privaten Precarium Einräumungen gemacht worden zu sein: ursprünglich gieng das Interdikt nicht so unzweifelhaft gegen den Erben[3]). Ganz unvereinbar mit der Natur des Precariums ist, wie sich von selbst versteht, 4) die dingliche Klage des Precaristen und endlich 5) die Bedingtheit des Besitzes. Matthiass (S. 34) fasst die Nichtzahlung der Abgabe als auflösende Bedingung des stipendiären Verhältnisses auf. Einen Sinn hat das nur, wenn man annimmt, erst für diesen Fall, ohne ihn niemals, sei die Austreibung des Grundbesitzers (die „Vindication") zulässig. In unseren Rechtsbüchern findet sich m. W. kein Beispiel für ein bedingtes Precarium; wol aber haben wir mehrere Fälle ausdrücklicher oder stillschweigender Befristung. Und da ist es bekanntlich zweifellos, dass der precario dans zur Einhaltung des Termins nicht verbunden ist, vielmehr zurückfordern darf, wann er will[4]). Von der Bedingung wird ganz das nämliche angenommen werden dürfen.

---

[1]) A. M. ohne jeden Versuch eines Beweises Danckwardt, Jb. f. Dogmatik 14, 302, und mit Berufung auf ihn M. S. 34. Nimmt man an, was ich allerdings für höchst wahrscheinlich halte, das Precarium sei ursprünglich der Bittbesitz des Clienten an einem Grundstücke des Patrons gewesen (Mommsen, römische Forschungen 1, 366; auch Lange, Alterthümer 1, 155; dagegen ganz neuerdings Dücker, Beiträge z. Lehre v. Precarium, 1882 S. 39), so dürfen wir auch hier nicht an ein Zehntrecht oder dgl. des Grundherrn denken. Denn das precarium hat man sich 1) als eine Form der Versorgung des armen Clienten vorzustellen, der in späteren Zeiten der Geldwirtschaft die Alimentationsverbindlichkeit entsprach (fr. 5 § 1 de i. patr. 37, 14; fr. 33 de bon. lib. 38, 2). Die Zusammenstellung des precarium der Clienten mit dem peculium der Haussöhne spricht 2) entschieden für Unentgeltlichkeit; Festus p. 247: patres senatores ideo appellati sunt, quia agrorum partes attribuerant tenuioribus *ac si liberis propriis.* — [2]) Fr. 8 § 3 ht. — [3]) Fr. 8 § 8 ht.; aber Celsus fr. 12 § 1 eod.; fr. 11 de diu. temp. 44, 3; vgl. Bekker, Besitz S. 135 f. — [4]) Fr. 4 § 4, fr. 5, fr. 12 pr.; vgl. fr. 8 § 7 h. t.

II. Etwas anders gestaltet ist das publicistische Seitenstück des privaten Precariums, der *ager occupatorius*[1]. Die drei ersten Eigentümlichkeiten fallen hier weg: der Zehnte ist als Vergütigung für die Nutzniessung gedacht, die Vererblichkeit und doch wol auch die Veräusserlichkeit sind anerkannt[2]. Aber auch hier wird anscheinend[3] dem Occupanten keine dingliche Klage, sondern nur das *uti possidetis* gewährt, und seine Austreibung ist rechtlich jeder Zeit statthaft. Das Verhältnis zwischen dem State und dem Privaten ist ganz wie beim Precarium zugeschnitten, als die Negation einer obligationsmässigen Vereinbarung. Der Stat „publiciert" durch ein Edikt das Oedland zur Besitznahme und Bewirtschaftung. Auf Grund dieser allgemeinen Erlaubnis wird das Grundstück „occupiert", d. h. ohne Rücksicht auf einen Auktor in Besitz genommen. So hat der Occupant wie der Precarist die Sache einerseits *ex iusta causa*, andererseits ohne Möglichkeit der Ersitzung[4]. Auch hier erscheint der Zehnte nicht als Bedingung der Occupation weder in dem Sinne, dass die Einziehung des Landes nur zulässig wäre, wenn der Zins nicht mehr entrichtet würde — das beweisen die gracchischen Gesetze —, noch in dem Sinne, dass wegen Nichtzahlung die Einziehung erfolgte[5]. Ob der Stat die decuma jemals zwangsweise beitrieb, wissen wir nicht; dass er es gedurft hätte, kann m. E. nicht zweifelhaft sein.

III. Um diesen Widerspruch in der Rechtsstellung des Provinzialgrundbesitzers und des Precaristen auszugleichen, muss Matthiass ihn als „das werdende Resultat einer lange andauernden Entwicklung" bezeichnen (S. 35). Mir dünkt diese Annahme einer Entwicklung grundlos. In den Quellen

---

[1] Mommsen, Staatsrecht 2, 456 A. 1. — [2] Florus 2, 1. 7 (3, 13): qui (possessores) . . relictas sibi a maioribus sedes aetate quasi iure possidebant; cfr. Cicero de off. 2, 78 sq. Sehr vorsichtig Appian b. c. 1, 10: *τάφους τε ἔνιοι πατέρων ἐν τῇ γῇ (ὠλοφύροντο) καὶ διαιρέσεις ἐπὶ τοῖς κλήροις ὡς πατρῴοις.* — [3] Festus p. 233, p. 241. — [4] Labeo 1, 270; 2, 148 f. — [5] Einen Anhalt gewährt immerhin Livius 4, 36. 2: uectigali possessoribus agrorum imposito in stipendium militum erogandi aeris (spes). Das uectigal muss hienach damals überhaupt noch nicht üblich gewesen oder längere Zeit nicht gezahlt worden sein (Weissenborn).

finde ich dafür keinen Anhalt[1]). Vielmehr lässt es sich mindestens sehr wahrscheinlich machen, dass die tributären Aecker in der Provinz nicht precaristisch, sondern von vornherein endgiltig zur Nutzniessung überlassen waren.

1. Bekanntlich sind innerhalb der Grenzen der Provinz drei Gruppen von Gemeinden vorhanden: die foederatae, die sine foedere liberae und die stipendiariae. Die beiden ersten werden manchmal von der Provinz im eigentlichen Sinne getrennt[2]). Als Merkmal dieser Scheidung muss die Abgabenfreiheit angesehen werden[3]). Eine ganz andere Frage aber ist, ob die Bürger in den Freistädten zu ihren Ländereien in anderem Rechtsverhältnisse standen, als in den steuerpflichtigen. Diese Frage ist, soviel ich sehe, zu verneinen. Es versteht sich, dass auch die ciues liberi nicht quiritarisches Eigentum an ihrem Grund und Boden haben, sondern nur Eigentum nach Peregrinenrechte.

2. Die „Rückgabe" des Grund und Bodens an die Freistädte so gut wie an die steuerpflichtigen Gemeinden der Provinz erfolgt nicht durch ein Rechtsgeschäft zwischen dem römischen State und den Privaten[4]). Vielmehr ist diese concessio ein

---

[1]) Matthiass verweist kurzab auf Gaius 4, 37 und auf Paulus fr. 12 § 2 de Publ. 6, 2. Was beide Stellen dartun sollen, ist mir nicht verständlich. Paulus lässt für uectigalia praedia, obwol sie nicht ersitzbar seien, die a. Publiciana zu. Er spricht nicht von Provinzialgrundstücken, die es ja seiner Zeit nicht mehr gab, sondern von städtischen Erbpachtäckern: das zeigt die gleich (§ 3) folgende superficies (Böcking, Pand. 2, § 145 A. 29). Gaius aber sagt, man fingiere den Peregrinen als Bürger, um ihn zur Erhebung der Diebstalsklage fähig zu machen. Was folgt daraus? Schon Verres wendete diese Fiktion an (Cicero Verr. 2, 12. 31). — [2]) Tacitus ann. 15, 45 (mit Nipperdeys Anm.); Sueton Caesar 25: omnem Galliam . . . praeter socias ac bene meritas ciuitates in prouinciae formam redegit eique . . . in singulos annos stipendii nomine imposuit; Cicero Phil. 2, 97. — [3]) Vgl. statt aller Marquardt 1, 84. — [4]) So Matthiass (S. 42): „die *concessio* u. s. w. sind doch aber Geschäfte zwischen Stat und Privaten". Viel weniger klar tritt diese Auffassung bei der eigentlichen Darstellung des Verhältnisses hervor (S. 33). Vgl. Marquardt, Staatsverwaltung 1, 81 f. M. zieht (S. 39 A. 5.) aus dieser Auffassung der Concession die Folgerung: gegen den ersten Beliehenen (und seinen Erben: S. 78) habe der Stat „natürlich auch die persönliche Klage"; denn dieser sei verpflichtet durch Annahme der vom State aufgestellten lex. Mir scheint

Teil der allgemeinen Anordnung, welche die ganze politische Stellung dieser Gemeinden regelt. Eine bestimmte Form scheint es dafür nicht gegeben zu haben; sie ist bald ein Gesetz, wie bei Termessus, bald ein Senatsschluss, wie bei Thisbae und Thermae[1]), bald, wie bei Phocaea und anderen Städten[2]), ein Erlass des Feldherrn, der aber wol nachher von Senat und Volk bestätigt wurde. Es lässt sich vermuten, dass die bezüglichen Normen — mindestens für die Mediatstädte — in das Organisationsgesetz der Provinz aufgenommen wurden. Jedesfalls liegt hier stets ein einseitiger Akt des States vor, der als Gnadenerweis angesehen wird; deshalb steht auch einer einseitigen Wiederaufhebung rechtlich nichts im Wege. Indessen kann nicht zweifelhaft sein, dass die Concession gerade durch die Art der Begründung tatsächlich eine gewisse Stetigkeit erlangt. Wenn daher Matthiass (S. 34) den ausdrücklichen oder stillschweigenden Verzicht auf die Wiedereinziehung vermisst, so ist zu bedenken, dass ein bindender Verzicht einen Vertrag erfordert hätte; von einem solchen konnte aber hier nirgends die Rede sein. Jedesfalls liegt tatsächlich in der Ueberlassung des Landes durch allgemeine Anordnung und damit auf ewig eine ganz andere Sicherheit für den Grundbesitzer als im Precarium.

---

dies eine juristisch unmögliche Vorstellung; entweder ist die Festsetzung des uectigal Bedingung des Niessbrauchs: dann kann nicht auf Erfüllung geklagt werden, auch nicht gegen den ersten Empfänger; oder sie ist vereinbarte Gegenleistung: dann kann sie sich nicht in der Person des Singularsuccessors zu einer Bedingung umwandeln. Anders und unbestimmter („die Zahlung verlangen" auch vom Singularsuccessor) S. 65.

[1]) SC. de Thisbaeis 1, 19: *ἃ αὐτῶν ἐγεγόνεισαν ταῦτα ἡμῶν μὲν ἕνεκεν ἔχειν ἐξεῖναι ἔδοξεν*; 3, 26: *οὗ ποτέ τι αὐτῶν γέγονεν ὅπως τὰ ἑαυτῶν αὐτοῖς ἔχειν ἐξῇ ἔδοξεν.* Schmidt, Ztschr. f. RG. N. F. rom. Abt. 2, 127 läugnet die Beziehung dieser Stellen auf die Dedition; anders Marquardt 1, 323 A. 6. Vgl. Livius 29, 21. 7; 38, 44. 3 sq.; Polybius 36, 2. 4. Thermae: die Stadt erhält durch Senatsschluss urbem agros legesque zurück (Cicero Verr. 2, 90) und zahlt doch den Zehnten (Verr. 3, 99 sq.); Marquardt 1, 83 f. — [2]) Livius 37, 32. 14; (erst durch Pompeius wird Ph. libera: Lucan 5, 53; Dio Cassius 41, 25); 38, 39. 8 sqq.; 45, 26. 12 sqq. — So scheint es nach Cicero Verr. 2, 90 in der lex Rupilia gestanden zu haben, welche Städte die concessio hatten. Darauf deutet auch diu. 19 mit Pseudo Ascon. p. 106. Vgl. Plutarch Aem. Paul. 28, 3; Livius 45. 18. 7.

3. Der Inhalt des Rechtes der Provinzialfreistädte an den ihnen „concedierten" Ländereien wird mit der althergebrachten Wendung als Inhabung und Nutzniessung bezeichnet[1]). Ganz der nämlichen Formel begegnen wir aber auch für die steuerpflichtigen Grundstücke bei Gaius[2]). Er stellt sie mit den res nec mancipi zusammen[3]): es ist also klar, dass er nicht bloss einen gebrechlichen Besitz an ihnen annimmt, sondern nur das quiritarische Eigentum läugnet, nicht jede eigentumsähnliche Herschaft. Diesem Sprachgebrauche und dieser Vorstellungsweise schliesst sich auch Frontin (p. 36, 3) an:

> et stipendiarios [quidem dicimus uel tributarios?], *qui nexum non habent,* neque possidendo ab alio quaeri possunt. possidentur tamen a priuatis, sed *alia condicione*; et ueneunt, sed nec mancipatio eorum legitima potest esse. possidere enim illis *quasi fructus tollendi causa et praestandi tributi condicione concessum* est.

Es scheint mir auf der Hand zu liegen, dass man in diesem Zusammenhange den Ausdruck *condicio* an der zweiten Stelle nicht pressen darf, als sei wirklich die Tributleistung die Suspensiv- oder Resolutivbedingung der Concession[4]). Frontin will genau wie Gaius das Provinzialland in Gegensatz zu dem solum Italicum bringen: es habe damit, meint er, eine andere „Bewantnis". Wäre hier von einer wirklichen Bedingung die Rede, so müste diese als Beschränkung irgendwie in der lex prouinciae ausgedrückt sein. Davon finden wir nichts, und sie ist an sich sehr wenig wahrscheinlich.

4. Mit dem allem will ich nun nicht etwa zu der Folgerung gelangen, dass auch das Gebiet der provinzialen Freistädte im Eigentume des römischen States gestanden habe. Verwirft man aber diese Vorstellung und den notwendigen Schluss daraus, dass die Tributpflicht kein wesentliches Kennzeichen

---

[1]) L. Antonia de Termess. 2, 31 sq. (Bruns p. 86): ea omnia Termensium . . utei sunt fuerunt, ita sunto, itemque ieis ea omnia habere possidere uutei frueique liceto; SC. Aphrod. extr.: *ὅπως τε ἡ πόλις καὶ οἱ πολεῖται . . . κωμῶν χωρίων . . . . κρατῶσι χρῶνται καρπίζωνται* (Haubold, mon. leg. p. 160). Vgl. Ed. L. Clem. v. 564/190: utei leiberei essent, agrum oppidumque, quod ea tempestate posedisent, item *possidere habereque* iousit (Bruns p. 187). — [2]) Gaius 2, 7: (in prouinciali solo) nos autem possessionem tantum uel usumfructum habere uidemur. — [3]) Gaius 2, 21. — [4]) So Matthiass S. 34, S. 43.

des eigentlichen Provinziallandes war[1]), so ist man, scheint mir, unausweichlich zu der Annahme gezwungen, jenes quiritarische Statseigentum sei etwas mehr doktrinäres, ein theoretischer Ersatz für den mangelnden Begriff der Gebietshoheit gewesen[2]). Zwei Momente, von anderem abgesehen[3]), sprechen gegen die Auffassung, welche hier einen „lebendigen Rechtsgrundsatz des Altertums“ zur Anwendung gebracht findet, die deshalb in der concessio eine Ueberlassung „in prekärer Weise“ und im Vectigal „Domanialeinkünfte“ sieht[4]): die Leichtigkeit, mit welcher Freistädten Grundsteuer auferlegt wird, und die Art, wie dieser Grundsatz vom Obereigentume aufgekommen zu sein scheint.

a. Es gibt nicht wenige Beispiele von Städten, die zuerst als freie (liberae) auftreten und später Abgaben zahlen[5]). Manchmal erfährt man nicht, wie ihnen die Steuerfreiheit verloren gegangen ist; ja, ob die libertas überhaupt die Immunität einschloss. Bei anderen wird ausdrücklich berichtet, wie sie um die Freiheit gekommen sind. Am häufigsten tritt die Entziehung zur Strafe ein[6]); doch mögen auch hie und da Verwaltungsrücksichten sie herbeigeführt haben[7]). Die Kunstausdrücke, die hier verwendet werden, sind *libertatem adimere, seruos facere, tributum imponere.* Sie erinnern weit eher an die Auflage von Servituten, als an eine Wegnahme

---

[1]) Dagegen die „merkwürdige Stelle“ des Aggenus p. 4: ideo publica (arua) eum (Frontinum) hoc loco dixisse aestimo, quod omnes etiam priuati agri (in prouincia) tributa atque uectigalia persoluunt. — [2]) Labeo 1, 268. — [3]) Namentlich möchte ich die Servitutenbestellung durch pacta et stipulationes hierher ziehen. Sie ist, wie Gaius 2, 31 ausdrücklich sagt, ein Notbehelf, weil in i. cessio und mancipatio bei Provinzialgrundstücken unzulässig sind. Es entsteht ein wahres dingliches Recht *tuitione praetoris*, das dem civilen völlig gleichsteht, z. B. erlischt der so bestellte Niessbrauch durch capitis diminutio (Vat. fr. § 61; interpoliert fr. 1 pr. quib. m. ususfr. 7, 4). Man sieht, von der precaristischen Natur des Provinziallandes ist hier keine Rede. Die Bedenken hätten hier so nahe gelegen wie bei Scävola fr. 31 de pign. 20, 1. — [4]) Rodbertus, Jb. f. Nationalökonomie III (1865), 1 S. 384 ff. — [5]) Marquardt 1, 84 f. — [6]) Dio Cassius 54, 7 extr.: *τούς τε Κυζικηνοὺς, ὅτι Ῥωμαίους τινὰς ἐν στάσει μαστιγώσαντες ἀπέκτειναν, ἐδουλώσατο* (seruos fecit) *κτλ.*; vgl. 54, 23; 57, 24; Tacitus ann. 4, 36. — [7]) Z. B. Josephus Antiq. 17, 2. 2: *τοῦ μὲν ἐλευθέρου καὶ αὐτοὶ* (die Römer) *τηροῦσι τὴν ἀξίωσιν, ἐμβολαῖς δὲ τῶν φόρων* (tributis impositis) *ἐπίεσαν.*

und bedingte Zurückgabe des Grund und Bodens. Bezeichnend aber für den ganzen Vorgang ist das Verfahren bei Antiochien und Caesarea. Die erste Stadt wird durch Pius Colonie, zahlt aber die Grundsteuer weiter *(saluis tributis)*; der anderen wird durch Vespasian bei der Coloniegründung zwar das jüdische Kopfgeld erlassen, aber nicht die Grundabgabe [1]).

b. Das quiritarische Eigentum des States am Provinziallande ist zweifellos am Ende der republikanischen Periode anerkannt [2]). Seit wann aber diese Theorie besteht, ist nicht sicher; wir haben kein früheres Zeugnis für ihr Dasein. Dass sie indessen bei der Gründung der ersten Provinz noch nicht galt, ist höchst wahrscheinlich. Denn nach Ciceros Darstellung der sicilischen Grundbesitzverhältnisse, der man keine Ursache hat zu mistrauen, ist sie bei der Ordnung derselben noch nicht verwertet worden. Cicero bezeichnet ausdrücklich nur den Acker als ins Eigentum des römischen Volkes übergegangen, der im Kriege erobert worden sei. Die übrigen Städte entrichten Zehnten, nicht nach Kriegsrecht, sondern nach altsicilischem Herkommen. Also das Eigentum des States ist durchaus nicht die Unterlage und Voraussetzung des römischen Zehntrechts [3]). Das ist vollkommen im Einklange mit der Rechtslage in Italien. Hier ist es althergebrachte Regel, dass nur das Land der eroberten Städte ager publicus wird; die Bundesstaten werden neben Rom als souverän und selbständig gedacht. Es ist schwerlich anzunehmen, dass man die in Italien praktisch geübte Rechtanschauung beim ersten ausseritalischen Erwerbe sofort aufgegeben habe.

Eine andere Frage ist es, ob der neue Rechtssatz gerade durch C. Gracchus ins römische Statsrecht eingeführt worden sei [4]). Der Beweis dafür würde lediglich in der Besteuerung Asiens durch das sempronische Gesetz liegen: lediglich in der Tatsache; denn wie Gracchus seinen Antrag begründete, wissen wir nicht. Durch das Gesetz wird für die Provinz nachträglich die Erhebung eines Zehnten angeordnet, der in Rom ver-

---

[1]) Fr. 8 § 7 de cens. 50, 15. — [2]) Labeo 1, 263 A. 2 und dort Angeff. — [3]) Cicero Verr. 3, 12 sqq. — [4]) So hat Mommsen sich wiederholt ausgesprochen: röm. Geschichte 1, 551; 2, 115 f.; Staatsrecht 2, 423 A. 4; 426.

pachtet werden soll. Einmal aber ist diese Naturalsteuer Asien mit Sicilien gemein, und hier besteht die Theorie vom Statseigentume nicht. Dann wissen wir, dass auch schon vor 631/123 mehreren eroberten ausseritalischen Ländern Grundabgaben auferlegt worden sind; so Afrika seit 621/133, soweit die Stadtgebiete nicht für frei erklärt wurden[1]). Die Auflage erfolgte unmittelbar nach der Eroberung[2]); und die agri stipendiarii werden später als Eigentum des römischen Volkes betrachtet[3]). Hienach scheint mir eine andere Annahme näher zu liegen. Als die Römer im Kriege monarchischen Einheitsstaten, wie Makedonien und Asien, gegenüberstanden, nicht wie in Sicilien und Spanien, einzelnen Stadtstaten, deren Verhalten zu ihnen ein verschiedenes war, da ist es erklärlich, wenn sie das ganze Königreich als erobertes Land, als Statseigentum behandelten. Diese Anschauung mag noch befördert worden sein durch den Anfall der pergamenischen Erbschaft; nach Analogie früherer Erbfälle muste man hier das gesamte Gebiet als dem Volke zu quiritarischem Eigentume erworben ansehen[4]). So drang wol erst die Theorie vom Bodeneigentume durch und wurde dann von den Gracchen praktisch für Asien verwertet.

IV. Hienach, glaub ich, muss man die éine Voraussetzung der Theorie von Matthiass aufgeben, dass der Provinzialgrundbesitz ursprünglich ein precaristischer gewesen sei. Von einer Entwickelung findet sich keine Spur, und das Obereigentum des römischen States erscheint als doktrinärer Behelf. Ebenso wenig aber halte ich die andere Voraussetzung für begründet, dass der Stat keinen eigentlich obligatorischen Anspruch gegen die Tributpflichtigen gehabt habe. Freilich ist es zur Erörterung dieser Frage notwendig, sich das provinziale Steuerwesen juristisch zu vergegenwärtigen.

Die Art der Steuererhebung in den Provinzen ist bekanntlich eine zwiefache; man kann sie, obgleich die Ausdrücke schwanken, als tributum und stipendium unterscheiden.

1. Das Tributum kommt unseres Wissens nur in Sicilien und Asien vor. In beiden Provinzen ist es eine auf die Grund-

[1]) Vgl. vor allen Mommsen selbst CIL. I, p. 99 sq. — [2]) Appian Pun. 135; Cicero Verr. 3, 6. 12. — [3]) Lex agr. Z. 80 (Bruns p. 79); vgl. Mommsen CIL. I, p. 99 sq. — [4]) Labeo 1, 164 f.

stücke als solche gelegte Naturalabgabe (decuma), ein Zehntel oder Zwanzigstel der Früchte. Diese Abgabe wird immer verpachtet: die Publicanen verpflichten sich dem State zu einer bestimmten Leistung in natura, und es bleibt ihnen überlassen, wie sie von den Steuerpflichtigen die decuma beitreiben. Gelangt man nicht zur gütlichen Vereinbarung, so steht den Steuerpächtern als Mittel der administrativen Zwangsvollstreckung die pignoris capio zu Gebote. Dies ganze Verhältnis hat eine gesetzliche Grundlage. In Sicilien stand die Zehntpflicht der zum Königreiche Syrakus gehörigen Grundstücke von altersher gesetzlich fest; die Römer rückten lediglich an die Stelle des alten Zehntherrn ein[1]). In Asien wurde durch das gracchische Gesetz die Zehntpflicht, welche bei dem Anfalle der Provinz aufgehoben worden war, erneuert und, wie es scheint, gleich auch die Einziehung durch Verpachten bestimmt[2]). Schon diese Begründung der Tributpflicht verbietet, sie als Bedingung der concessio agrorum anzusehen. Man muss aber noch weiter gehen und behaupten, dass damit geradezu eine gesetzliche Leistungspflicht festgestellt wurde, die erzwungen werden konnte. Das Tributum wird als Schuld bezeichnet[3]); das Zwangsmittel ist die persönliche Klage auf dare oportere[4]); sie modificiert sich durch das dem Zehntpächter gewährte Pfändungsrecht. Es ist offensichtlich irrig, wenn man dieses

---

[1]) Cicero Verr. 3, 12 u. 20. — [2]) Appian b. c. 5, 4; Cicero Verr. 3, 12 (censoria locatio constituta est, ut Asiae lege Sempronia); Fronto ad Verum p. 121 Nab. (de eloq. 3, 10 p. 84 Nieb.): iam Gracchus locabat Asiam. — [3]) Cicero Verr. 3, 56: plagis adductus est, ut frumenti daret non quantum *deberet,* sed quantum cogeretur. — [4]) L. agr. Z. 36 sq. (Bruns p. 74 sq.): quoi publicano ex h. l. pequnia *debebitur* et q. s.; [sei quid publicanus eius rei causa sibi deberi] *dariue oportere* de[icat, de ea re] . . . praetor proue praetore . . . [recuperatores] . . dato . . . [quod ita ioudicatum e]rit . . utei is, quei iudicatus erit dare oport[ere, soluat]; Cicero Verr. 3, 54; Sent. Min. 24 (Bruns p. 255): quem agrum poplicum iudicamus esse, eum agrum Langenses Veiturios possidere fruique uidetur oportere. pro eo agro uectigal . . in poplicum Genuam dent in anos singulos . . CCCC. Sei Langenses eam pecuniam non dabunt neque satisfacient arbitratuu Genuatium, . . . tum quod in eo agro natum erit frumenti partem uicensumam, uini partem sextam Langenses in poplicum Genuam *dare debento* in annos singulos; vgl. Z. 35. Die Einziehung des Ackers ist ausdrücklich für eine ganz andere Zuwiderhandluug angeordnet.

Recht als Ausübung eines Pfandrechts des Publicanen an den Grundstücken hat auffassen wollen[1]). Das lehrt die Analogie der übrigen Anwendungsfälle der legis actio. Sie beschränkte sich keineswegs auf das steuerpflichtige Grundstück, sondern konnte — ihrem Namen und Begriffe nach sogar vorzugsweise — die Fahrhabe des Schuldners ergreifen[2]). Dagegen habe ich nirgends eine Andeutung aufzufinden vermocht, dass die Grundstücke des Säumigen eingezogen worden wären[3]).

2. Das Tributum ist eine auf die einzelnen Grundstücke selbst gelegte Last[4]); der jedesmalige Inhaber muss es entrichten; also auch die Rückstände werden nicht vom Vorbesitzer eingezogen: die Fruchtbezugsberechtigten auch die Pächter[5]) werden in Anspruch genommen, nicht so ohne weiteres der Eigentümer. Diese Regelung der Sache ist eine unerlässliche Anforderung der ordentlichen Steuerverwaltung: darum kehrt sie in ganz ähnlicher Weise bei der modernen Grundsteuer wieder[6]). Mag sich beim Handwechsel der neue Besitzer vorsehen: ein Rückgriff an den früheren Besitzer steht ihm nach den gewöhnlichen civilrechtlichen Normen zu, falls er für Steuerreste hat aufkommen müssen. So hängt auf der einen Seite die Gestaltung der Grundsteuer zu einer Reallast aufs engste mit der obrigkeitlichen Stellung des Berechtigten zusammen. Andererseits aber ist für die juristische und nichtjuristische Anschauungsweise der Gedanke ganz geläufig, dass das Grundstück Abgaben zahlt[7]). Er war hier ganz besonders

[1]) Rudorff, grom. Inst. S. 317 A. 23; Matthiass S. 44. — [2]) Cicero Verr. 3, 57: hominibus coactis in eorum arationes Apronius uenit, omne instrumentum diripuit, familiam abduxit, pecus abegit; vgl. Bekker, Aktionen 1, 45 f. — [3]) Die sicilischen aratores flüchten nach Ciceros Berichte massenhaft ins Ausland vor Verres: aber nirgends steht, dass er ihren Grundbesitz angetastet habe. — [4]) So Huschke, Census S. 139 f.; vgl. auch Wächter, Platzrecht S. 96. — [5]) A. M. Huschke S. 141 A. 295: „ohne Zweifel" habe Cicero (Verr. 3, 55) mit seinen Vorwürfen unrecht; Verres habe die Pächter mit Recht freigelassen und die Verpächter gefasst. Warum? — [6]) Dass die Grundsteuer eine Reallast ist, sagt Duncker, Reallasten S. 176 ff. geradezu; vgl. Stobbe, D. Privatrecht 2, 239, VI. — [7]) Cicero de l. agr. 3, 9 (Labeo 1, 479); lis fullonum 15 (Bruns p. 259): ex eo tempore, ex quo Augustus rem p. obtinere coepit, usque in hodiernum [num]quam *haec loca pensiones pensitasse;* Celsus fr. 7 § 2 de usufr. 7, 1 (alimenta ab ea re relicta); Papinian fr. 41 de AE. 19, 1 (ratio oneris habetur); fr. 42 de

nahe gelegt, da die Leistung ja in einem Teile der Ackerprodukte besteht (onus fructuum). Nur die Privatrechtsjurisprudenz, die gewohnt ist, alle Rechtserscheinungen über den civilistischen Kamm zu scheren, kann diese Auffassung den Quellen gegenüber als unrömisch und den wirklichen Verhältnissen nicht entsprechend verwerfen.

3. Zu dem gleichen Ergebnisse gelangt man auch beim Stipendium der anderen Provinzen. Offenbar war dies ursprünglich eine von dem unterworfenen Lande erhobene Kriegscontribution, die in Geld- oder Naturalleistungen oder in beiden bestand[1]), ein sog. *stipendium imperatum*. Sie wird dann gesetzlich durch die Verfassungsurkunde der Provinz bestätigt und erscheint nun als Steuer[2]). Es kann dahin gestellt bleiben, ob sie ein für allemal auf eine bestimmte Summe festgesetzt ist, oder ob, wie beim Bürgertribute, bald ein höherer bald ein niedrigerer Betrag ausgeschrieben wurde. Das wesentliche für die juristische Beurteilung ist, dass die Steuer von den Gemeinden, nicht von den einzelnen gefordert wird, wie das in der Natur der Kriegscontribution liegt: die Verteilung auf die Steuerpflichtigen und die Art der Aufbringung — in Form einer Anleihe, einer Grund-, Vermögens-, Einkommen- oder Gewerbesteuer — kümmert den Stat zunächst gar nicht. Die Einteilung der Provinz in Steuerbezirke ändert das statsrechtliche Verhältnis nicht; sie ist lediglich im Verwaltungsinteresse vorgenommen, um die Erhebungen zu erleichtern[3]).

4. Das gestaltet sich in einer wichtigen Beziehung anders mit der besseren Finanzwirtschaft der Kaiserzeit. Der Provinzialcensus, den Augustus durchgreifend verbesserte, führt eine gerechtere Verteilung der Steuern in den einzelnen Be-

---

pact. 2, 14 (onus tributi praedii); Paulus fr. 28 de usufr. leg. 33, 2 (fundo indictiones indictae — hoc onus ad fructuarium pertinere); fr. 13 de imp. 25, 1 (*onus fructuum* haec impendia sunt); Ulpian fr. 52 § 2 de pact. 2, 14 (tributa eiusdem praedii). Etwas anders gewendet Scaevola fr. 32 § 9 de usufr. leg. 33, 2: tributa . . quae . . pro praediis . . deberi et reddi necesse est (vgl. Mommsen ad h. l.).

[1]) Huschke, Census S. 30 f.; Marquardt 2, 136. — [2]) Recht deutlich ist das bei Makedonien. Hier legt Paulus das stipendium 168/586 auf, obwol das Land noch gar nicht Provinz wird (Plutarch Paul. 28, 3; Livius 45, 18. 7); und das wird dann 146/608 einfach beibehalten. — [3]) Marquardt 2, 394.

zirken herbei. Jedes Grundstück wird vermessen, abgeschätzt und in die Mutterrolle eingetragen[1]). Nach wie vor sind es die Gemeinden, welche die Abgaben einziehen[2]); ihnen werden in Notzeiten Nachlässe gewährt, nicht den einzelnen Grundbesitzern[3]). Ohne diese Voraussetzung wäre der spätere Satz völlig bodenlos, dass der Gemeinderat für die Steuern seines Bezirkes haftet. Indessen ist durch den Kataster nun doch jedes einzelne Grundstück für steuerpflichtig erklärt, also tributum und stipendium ausgeglichen. Da wo die Steuer eine Naturalabgabe war, liegt das auf der Hand. Aber bei Geldleistungen muss das nämliche gelten. Denn in Folge der Abschätzung des gesamten Landes ist ersichtlich, wie viel von dem aufzubringenden Betrage auf jedes einzelne Grundstück fällt.

5. Nach den Quellen scheint mir denn auch kein Zweifel darüber sein zu können, dass die vordiocletianische Steuerordnung die Grundstücke selbst als abgabenpflichtig betrachtete. Man hielt sich wegen der gesamten Steuerleistung, auch der Rückstände, an den Inhaber, den dinglich Berechtigten, den Pfandgläubiger oder Niessbraucher, und überliess es ihm, sich mit seinem Hintermanne auseinanderzusetzen. Am zutreffendsten bezeichnet der bekannte Kaisererlass, fr. 7 de publ. 39, 4, diesen Rechtszustand, indem er sich unbefangen der Ausdrucksweise des gewöhnlichen Lebens bedient.

> imperatores Antoninus et Verus rescripserunt *in uectigalibus ipsa praedia, non personas conueniri*, et ideo possessores etiam praeteriti temporis uectigal soluere debere, eoque exemplo [ex empto?] actionem, si ignorauerint, habituros[4]).

---

[1]) Fr. 4 pr. de cens. 50, 15. — [2]) Fr. 4 § 2 eod. — [3]) Z. B. Tacitus ann. 2, 47; 4, 13; Josephus antiq. 16, 2 a. E. (Agrippa zahlt die Steuer für die Chier). — [4]) Bachofen, Pfandrecht S. 257 A. Vgl. Bekker, Zschr. f. Handelsrecht 4, 532. Dagegen behauptet Matthiass (S. 39 f.), gerade der gewählte Ausdruck schliesse die persönliche Klage aus; *conuenire praedia* könne nur von der Vindication gesagt sein. Ich bezweifle, dass *conuenire* von dinglicher Klage gebraucht wird: *conuenire pignus* könnte ich mir allesfalls als möglich denken. Hier und bei Papinian fr. 19 de i. fisc. 49, 14 (denique non esse praestandas usuras, cum pecunia reuocatur, conuenit, quoniam res, non persona conuenitur) kann es nur die Bedeutung „belangen" haben und von einem

Und diese Auffassung wird durch zahlreiche Urteile und Wendungen der Juristen voll bestätigt[1]). Aus allen diesen Zeugnissen ergibt sich m. E. unzweideutig: 1) der dinglich Berechtigte ist dem State, nicht dem Eigentümer gegenüber zur Zahlung verbunden. Wenn man sich zum Vergleiche an die Ausdrücke der Juristen erinnert, wo es sich um die Uebernahme der Schulden eines gekauften oder geschenkten Vermögens handelt[2]), so springt der Unterschied in die Augen[3]).

---

obligatorischen Anspruche verstanden werden (vgl. auch Wächter, Platzrecht S. 96 f.). Sonst wäre die Folgerung ganz unverständlich: wie so lässt sich denn aus der Möglichkeit der Vindication die Notwendigkeit abnehmen, auch für die Steuerreste aufzukommen? Wozu der Schlusssatz (ob man nun *ex empto* oder *exemplo* liest)? Bei Eviction versteht sich doch der Regress von selbst. Sollte man nicht vielmehr den Entwehrungsanspruch hier für unzulässig halten? Der Käufer handelte doch dolos, sicher culpos, indem er das Gut wegen der Steuerrückstände preisgab. Soll man das Verbot des Honorius: c. 10 C. Th. de exec. 8, 8 (c. 4 eod. 12, 60): nullam possessionem alterius pro alienis debitis . . . praecipimus conueniri von einer dinglichen Klage verstehen? *Conuenire* ist geradezu der Kunstausdruck für die Geltendmachung einer fiscalischen Forderung: fr. 33 de O. et A. 44, 7; fr. 47 pr. § 1 de I. F. 49, 14; fr. 5 § 10 de re iud. 42, 1; c. 4 § 2 C. Th. de coll. don. 11, 20.

[1]) Celsus fr. 7 § 2 de usufr. 7, 1: et alia onera adgnoscit (legatarius) usufructu legato, ut puta stipendium uel tributum; fr. 27 § 3 eod.: si quid cloacarii nomine *debeatur* . . ad onus fructuarii pertinet; fr. 52 eod.: usufructu relicto si tributa eius rei praestentur, ea usufructuarium praestare debere; fr. 28 de usufr. leg. 33, 2: item iuris esse . . quod in uectigalibus dependendis responsum est: ideoque hoc onus ad fructuarium pertinet. — [2]) Fr. 28 de don. 39, 5: cogendam eam . . patrem aduersus debitorem defendere; vgl. Labeo 1, 340 f. — [3]) A. M. ist auch hier Matthiass S. 58 ff.: der dinglich berechtigte soll nicht dem State gegenüber haften. Seine Argumente sind schwer zu bekämpfen. 1) In fr. 52 § 2 de pact. 2, 14 soll *pactum iustum* (wonach der Pfandschuldner dem Gläubiger die verlegte Grundsteuer zurückzahlen muss) nicht einen giltigen (wie es selbstverständlich heisst!), sondern einen gerechten Vertrag bedeuten: also sei der Zustand, wo der Pfandgläubiger zahle, ein ungerechter. Nein, sondern nur dér Zustand, wo er das Gezahlte nicht wiederkriegt (S. 60). 2) Um die Verpflichtung des Niessbrauchers gegenüber dem Eigentümer herauszubringen, lässt M. jenen stipulationsweise die Steuerzahlung versprechen (S. 62); er findet dies in den Worten: *ceteraque se facturum quae in re sua faceret* (fr. 1 § 3 usufr. quemadm. 7, 9). Dass dies Worte des Juristen, nicht der cautio sind, und dass sie sich neben dem *non deteriorem fundum*

Das Rechtsmittel des Hebeberechtigten war 2), wie vorhin gezeigt, zur Zeit der Republik eine persönliche Klage auf das uectigal. Es ist aus den Quellen keine Andeutung zu entnehmen, dass dieser Zustand sich durch die Verschmelzung von stipendium und uectigal geändert habe. In der Tat wäre die Ersetzung der Forderungsklage durch das Austreibungsrecht der rechtlichen Gestaltung, der späteren Entwickelung und der vernünftigen Steuerpolitik zuwider. Denn a) die aufgelegte Provinzialsteuer erscheint viel mehr als modus, denn als condicio; die spätere Gesamthaft der Eingesessenen eines Steuerbezirkes bliebe b) ganz unerklärlich: das verlassene oder zahlungsunfähige Grundstück hätte eingezogen werden müssen. Es wäre indessen c) gegen alle und jede fiscalische Anschauung, die man doch sonst der Kaiserzeit mit Recht zum Vorwurfe macht, wenn sich der Stat mit abgewirtschafteten Ländereien hätte belasten müssen, selbst wenn ihr Eigentümer noch bewegliches, pfändbares Vermögen hatte[1]). Und dazu

---

facere auf positive Tätigkeit zu Gunsten des Grundstückes beziehen, bedarf kaum einer Bemerkung.

[1]) Derselben Ansicht, dass die Grundsteuer eine Reallast sei, ist Dernburg, Pfandrecht 1, 352 ff. Allein er leitet diese Verbindung von Grundeigentum und Leistungspflicht aus fiscalischen Gesetzen her, und diese sollen ihrerseits wurzeln in der bei Grundstücksveräusserungen üblichen Abrede, der Erwerber habe das tributum zu übernehmen. Er rückt damit die Reallast in viel jüngere Zeit herunter und entzieht ihr — worauf es mir besonders ankommt — ihre statsrechtliche Unterlage. Indes vermag ich 1) keinen Anhalt in den Quellen für die Entwickelung der Grundstückshaftung aus Parteiabreden zu entdecken. Seit M. Aurel spätestens stand die Haftung des Erwerbers für Steuerrückstände fest; Papinian behandelt in fr. 41 de AE. 19, 1 alle Grundabgaben geradezu als uitia fundi. (Dagegen spricht das *placuit* Papinians in fr. 36 de I. F. 49, 14 erklärlich nicht.) Ueberall ist daher 2) in den Quellen nur von der Uebereinkunft die Rede, dass der Verkäufer u. s. w. die Steuern zahle d. h. ersetze. Diese Abmachung wird von Constantin für ungiltig erklärt zu einer Zeit, wo die Gesetzgebung den „elenden Schuldnern" in schwächlichster Weise zu Hilfe kam: dem Fiscus gegenüber hat sie nie etwas bedeutet (c. 1. C. Th. sine censu 11, 3 und Gothofred dazu). Freilich setzt man dies Verbot gewöhnlich schon unter Alexander (Huschke, Census S. 140). Aber man hat nicht beachtet, dass c. 1 s. cens. 4, 47, wie c. 11 de pact. 2, 3 deutlich ergibt, interpoliert ist (Krüger ad hh. ll.): Alexander wollte nur einen ungünstigen Dotalvertrag für ungiltig erklären. Dass 3) dem allem fr. 39 § 5 de

kommt von der anderen Seite, dass man bereits in der Zeit vor Caracalla das Recht des States am steuerpflichtigen Grundstücke als ein Pfandrecht auffasste. Papinian fr. 5 § 2 de cens. 50, 15 sagt das ganz bestimmt:

> pro pecunia tributi, quod sua die non est redditum, *quo minus praedium iure pignoris distrahatur,* oblata moratoria cautio non admittitur, nec audietur legatarius contradicens ob tributa praeteriti temporis, quod heres solvendo sit et is, qui tributis recipiendis praepositus fuerat.

Es ist gleichgiltig, ob es sich hier um ein Vermögens- oder ein Specialpfandrecht am Grundstücke handelt. Jedesfalls ist klar, dass dem State hier eine hypothekarisch gesicherte Forderung zusteht, dass demnach mit dem Obereigentume am Provinziallande nicht mehr Ernst gemacht wird [1]).

2. Andere Grundlasten.

Ueberblickt man die bisherigen Erörterungen, so geht daraus, glaub ich, als Ergebnis hervor: das öffentliche Recht kennt in der provinzialen Grundsteuer einen Fall, wo nicht die Person, sondern das Grundstück schuldet. Diese Verbindung von Verpflichtung und Sache beruht auf dem Gesetze. Der Gedanke, dass der Stat Eigentümer des Provinziallandes ist, hat jedesfalls dazu beigetragen, die Besteuerung statthaft erscheinen zu lassen. Aber die eigenartige Anknüpfung der Leistungspflicht an das Grundstück verdankt praktischen Rücksichten der Steuerverwaltung ihren Ursprung. Nirgends haben m. W. die Statsrechtslehrer der Kaiserzeit diese Grundlast als Ausnahmsrecht bezeichnet, weil sie dem damals geltenden reinen Privatrechte fremd war; sie haben nicht einmal auf die Abweichung hingedeutet. Und das ist erklärlich genug: denn das öffentliche Recht kennt noch eine Reihe von Verhältnissen, in denen die Schuldnereigenschaft auf der Inhabung einer Sache beruht. Diese Verhältnisse sind sehr bekannt,

---

leg. 1 nicht widerspricht, muss man annehmen, wenn man auch über die Auslegung der Stelle schwanken kann (Matthiass S. 41; Arndts-Glück 46, 150 f.).

[1]) Nach Matthiass S. 43 handelt auch dies „Gesetz“ vom „Bürgertribut“; vgl. oben S. 17.



und man hat vergeblich versucht sie wegzudeuten. Wie man die Grundabgabe des Provinziallandes aus dem Statseigentume herleitete, so benutzte man umgekehrt die Auflage eines Bodenzinses dazu, um den Vorbehalt des statlichen Obereigentumes festzustellen und zu sichern.

In spätrepublikanischer Zeit, darf man sagen, ist der Bodenzins geradezu eine Gebür zur Anerkennung des statlichen Obereigentumes geworden, also das sichere Anzeichen des nicht vollkommen privaten Grundeigentums [1]). Dem *(homo) stipendiarius* oder *tributarius,* als dem Untertanen [2]), der dem unbeschränkten Befehlsrechte des römischen Beamten unterworfen ist, entspricht der *ager uectigalis,* der im Obereigentume des Volkes steht [3]), d. h. an welchem sich der Stat noch irgend welche Befugnis vorbehalten hat. Nach römischer Theorie ist das private Grundeigentum aus statlicher Zuweisung an die Bürger hervorgegangen [4]). Das Volk kann, wie es bei der Assignation regelmässig geschieht, volles Eigentum auf den Empfänger übertragen; es kann aber auch seine Rechte am Lande mit Einschränkung aufgeben. So angesehen erscheint es wieder erklärlich, wenn der Bodenzins als eine auf dem Grundstücke ruhende Last, als ein Mangel oder eine schlechte Eigenschaft des Ackers aufgefasst wird, ganz ähnlich wie die Servituten: hier wie dort ist der Grund und Boden „unfrei“ [5]). Dagegen gibt das uectigal keinen Massstab für den Umfang des statlichen Rechtes. Diese Gesichtspunkte muss man bei der Beurteilung des Verhältnisses der *agri quaestorii* und der *trientabula* festhalten.

---

[1]) Vectigal als Steuer, z. B. Erbschaftssteuer, was Huschke (Zschr. f. vgl. R.-W. 1, 193 f.) hier einmischt, gehört nicht her. — [2]) Cicero p. Balbo 24; Sueton Aug. 40 (tributarius Gallus); Petron Sat. 57; vgl. Livius 34, 4. 9: uectigalis iam et stipendiaria plebs (zinsbar und untertänig); Cicero de prou. cons. 10: uectigalis multos et stipendiarios liberauit. — [3]) Labeo 1, 268. — [4]) Varro, de RR. 1, 10. 2; Cicero de rep. 2, 26; Plutarch Numa 16, 2 sq.; Plinius NH. 18, 2. 7; Paulus Diac. v. centur. p. 53. — [5]) Daher für das Allod die technisch gesetzliche Bezeichnung *ager qui optimo iure (optima lege) priuatus est:* Cicero de l. agr. 3, 9 sq.; l. agr. Z. 27 (Bruns p. 73). Aehnlich heisst auch ein servitutenfreies Grundstück fundus optimus maximus (Q. Mucius fr. 59 de C. E. 18, 1, fr. 75 de eu. 21, 2; Siculus Fl. p. 149, 14 sq.) oder ebenfalls iure optimo (Cicero de har. resp. 14). Cicero benutzt diese Zweideutigkeit des Ausdruckes zu sehr bedenklichen Ausführungen.

1. Höchst eigentümlich und nach ihrem juristischen Wesen nicht mehr vollständig aufzuklären ist die Bestimmung im Ackergesetze des Ti. Gracchus, welche die Veräusserung der aufgeteilten Stücke des Gemeindelandes verbot und sie mit einem Grundzinse belegte [1]). Dass es sich dabei um eine ganz ähnliche Abgabe wie bei dem Provinziallande handelt, beweist, wie mir scheint, ihre Zusammenstellung mit dem Hutgelde und anderen Hebungen, die verpachtet werden. Es liegt also eine gesetzliche Leistungspflicht der Grundstücke vor, und diese wird wie in den Provinzen erzwungen [2]). Damit war schwerlich eine Entschädigung des Aerars für die Hingabe der Domänen beabsichtigt [3]). Denn wie wir bestimmt wissen, wurde den possessores, deren Occupationsäcker der Stat einzog, keine Vergütigung gewährt [4]). Das uectigal aber, was diese entrichten sollten, war sicher nur ein nominelles, wahrscheinlich wurde es überhaupt nicht mehr erhoben. Der Stat erlitt also durch die unentgeltliche Ueberlassung der Ländereien keine Einbusse. Die Absicht bei der Auflage des Zinses war vielmehr höchst wahrscheinlich, dass der Stat fortwährend noch die Hand auf den aufgeteilten Grundstücken behalte [5]): er konnte bei gesetzwidriger Veräusserung einschreiten. Die Idee des Gesetzes also war wol eine Art von Meierrecht der neuen Ansiedler zu begründen [6]). Die Quellen sind indes zu dürftig, als dass man über dies Verhältnis, das nur ganz kurze Zeit bestand, etwas sicheres sagen könnte.

---

[1]) Plutarch C. Gracchus 9, 2 *(προστάξας ἑκάστῳ τελεῖν ἀποφορὰν εἰς τὸ δημόσιον)*; Appian 10, 10 *(ὁ γάρ τοι Γράκχος καὶ τόδε προειδόμενος ἀπηγόρευε μὴ πωλεῖν)*; 27 *(τὴν γῆν . . ἐξεῖναι πιπράσκειν τοῖς ἔχουσιν. ἀπείρητο γὰρ ἐκ Γράκχου τοῦ προτέρου καὶ τόδε)*. — [2]) L. agr. Z. 19 (Bruns p. 71): [nei quis magistratus . . . facito, quo quis populo aut p]ublicano pequniam scripturam uectigalue det dareue debeat, neiue quis .... quoue quid ob eam rem populo aut publicano detur exsigaturue. — [3]) Marquardt 1, 106 f. — [4]) Gracchus wollte zunächst entschädigen (Plut. Ti. Gr. 9, 2: *τούτους ἐκέλευσε τιμὴν προσλαμβάνοντας ἐκβαίνειν ὧν ἀδίκως ἐκέκτηντο*); dann nahm er die mildere Fassung zurück: *κελεύων ἐξίστασθαι τῆς χώρας ἣν ἐκέκτηντο* (10, 3). — [5]) Man sieht das daraus, dass bei der Zinszahlung Simulationen vorgenommen werden, um die Behörde die Besitzveränderung nicht merken zu lassen: Plutarch Ti. Gr. 8, 3: *ὕστερον δὲ τῶν γειτνιώντων πλουσίων ὑποβλήτοις προσώποις μεταφερόντων τὰς μισθώσεις εἰς ἑαυτούς*. — [6]) Wie Huschke S. 196 sich das Verhältnis vorstellt, ist mir nicht ganz klar: er lässt den Armen

2. Auch für die sg. *agri quaestorii* ergeben die Quellen kein zuverlässiges Resultat. Die herschende Meinung sieht in ihnen Ländereien, die vom State verkauft werden, aber im Obereigentume des Volkes verbleiben[1]). Und ich meine doch, sie ist trotz den neueren Einwänden[2]) im Rechte. Unrichtig ist freilich der Schluss: der Stat verkaufe, also habe er auch nur wie der Privatverkäufer unentziehbaren Besitz zu gewähren. Denn bei der Versteigerung der Beute, insbesondere der Sklaven, überträgt der Quästor namens des States zweifellos volles, quiritisches Eigentum durch blosse addictio[3]). Dasselbe wäre also auch in diesem Falle zulässig und denkbar. Die Auflage einer Bodenabgabe könnte nach der hier vertretenen Theorie kein Hindernis dieser Annahme bilden; man müste eben eine solche Reallast auf freiem Privateigentume nach öffentlichem Rechte als möglich ansehen. Indessen würde dies uectigal sich hier nicht als Vergütigung an den Stat für die Nutzung der überlassenen Aecker darstellen; denn dafür ist ja bereits ein Kapital erlegt. Sodann findet nach allem was wir wissen, der quästorische Verkauf des Domaniallandes nur dann statt, wenn die Statskasse leer ist und sofort Geld braucht[4]). Eine Vererbpachtung oder eine Verpachtung auf längere Zeit hätte diesem Bedürfnisse gar nicht entsprochen, selbst wenn sie bei Statsländereien üblich gewesen wäre[5]). Auf der anderen Seite muste man den Rückerwerb der Grundstücke für den Fall ins Auge fassen, dass die Statsfinanzen sich besserten. Um eine Zwangsenteignung, die bei assigniertem Lande unzulässig war, sich für die günstigere Zukunft offen zu halten, bediente man sich des nominellen Bodenzinses. Wir wissen, dass bei dieser Versteigerung auch noch andere *condiciones* beigefügt,

freies Eigentum geben und dies mit einem uectigal belasten, „das sie aber nicht den Vexationen des Mancipes unterwarf". Rudorff, Rechtsgeschichte 1, 40 spricht von „unveräusserlichem Erbpachtsrecht gegen eine mässige Grundsteuer" — mindestens im Ausdrucke absonderlich —; auch Mommsen (CIL. I, p. 88) nimmt Erbpacht an.

[1]) Rudorff, grom. Inst. S. 287 f.; Mommsen CIL. I, p. 98 sq.; Marquardt 2, 151. — [2]) Huschke S. 190 ff.; Matthiass S. 36 (ohne eigene Gründe). — [3]) Varro de RR. 2, 10. 4: in emptionibus (seruorum) dominum legitimum sex fere res perficiunt: . . . aut si e praeda sub corona emit. — [4]) Cicero de l. agr. 2, 35; Livius 28, 46. 4; Orosius 5, 18. — [5]) Mommsen, Staatsrecht 2, 453 f.

d. h. doch offenbar andere Beschränkungen dem Erwerber auferlegt werden konnten [1]). Sieht man die Sache so an, dann erklärt sich einmal 1), warum die *agri quaestorii* mit den *agri assignati* zusammengestellt und von dem eigentlichen Domanialbesitze getrennt gehalten werden [2]). Andererseits aber 2) lässt sich die etwas verworrene Auseinandersetzung des Siculus Flaccus [3]) doch füglich nur so verstehen, dass der Grund und Boden der agri quaestorii im Volkseigentume bleibt. Die Worte: *nam sunt populi Romani quorum uectigal ad aerarium pertinet* sagen ganz ausdrücklich, dass der Grundzins das Kennzeichen des Statsobereigentumes sei. Wenn daher 3) ein ager quaestorius in Afrika *ager priuatus uectigalisque* genannt wird [4]), so folgt daraus mit nichten, dass er im Privateigentume stehe, sondern diese Wendung bezeichnet die eigentümliche Zwitterstellung dieser Landgüter durchaus treffend.

3. Und so sind denn auch die *trientabula,* denke ich, nichts anderes als Aecker, die vom State in Form des Verkaufes seinen Gläubigern an Zahlungsstatt hingegeben waren. Sie werden mit dem nominellen uectigal belegt, weil sich der Stat das Einlösungsrecht gegen die alte Schuldsumme vorbehält, also das Eigentum nicht endgiltig aufgeben will: *in iugera asses uectigal testandi causa publicum agrum esse imposituros.* Doch soll der Private zum Rückverkaufe nicht gezwungen werden; er darf also den Acker auch dem Angebote der alten Schuldsumme gegenüber behalten. Diese Auffassung stimmt m. E. mit der Erzählung des Livius [5]) vollkommen überein; sie erklärt, dass sich noch in späterer Zeit trientabula in Händen Privater befanden, und dass diese zusammengestellt werden können mit solchen Grundstücken *quibus ante hanc legem ... conductum habere frui possidere defendere licuit* [6]). Allerdings aber ist hier das positive Einwirkungsrecht des States ein sehr beschränktes [7]).

---

[1]) Hygin p. 115, 20: quibus agris (quaestoriis) sunt condiciones, uti p. R. . . . . ; quod etiam praestitutum obseruant. — [2]) Livius 4, 48. 3; Trebatius fr. 16 de ARD. 41, 1 (Labeo 1, 270); Hygin p. 125, 19; Siculus Fl. p. 151, 18. — [3]) Sic. Fl. p. 136, 14 sqq. — [4]) L. agr. 66 (Bruns p. 77). — [5]) Livius 31, 13; vgl. 29, 16; 33, 42. 3. — [6]) L. agr. 32 (Bruns p. 74). — [7]) So fasst auch Huschke S. 194 f. die Sache im

4. Verwant mit diesen Erscheinungen des öffentlichen Rechtes sind m. E. auch die Alimentenstiftungen. Es wird ein Grundstück mit einer jährlichen Rente belastet, die für bestimmte Zwecke an eine Stadt zu leisten ist. Die Grundstücke sind soviel wert, dass sie die darauf gelegte Abgabe mit Leichtigkeit tragen können. Nach dem ganzen Zuschnitte des Rechtsverhältnisses ist klar, dass die Rente eben lediglich aus den Einkünften der verhafteten Ländereien bestritten werden soll. Eine persönliche Verbindlichkeit des Eigentümers über diese Erträgnisse hinaus, ist offenbar nicht beabsichtigt[1]). Andererseits aber ist jeder Eigentümer des Grundstücks verpflichtet, nicht bloss der Errichter des Rechtsverhältnisses und seine Erben.

Ein solches Verhältnis liesse sich notdürftig durch die Verpfändung der Grundstücke herstellen, und in der Tat denkt daran die herschende Meinung[2]): die Stadt gibt den

---

wesentlichen auf. Nur in Betreff des uectigal weicht er begreiflicherweise ab. Er will die *testandi causa publicum esse agrum* vom Auflegen des' V. verstehen: der Stat wollte damit zeigen, dass er zur Zeit des Verkaufes Eigentum an den Ländereien gehabt habe. Ich sehe keinen Grund einer solchen Massregel. Matthiass (S. 37 A. 4) findet Huschkes Construktion „ganz ungeheuerlich". Er läugnet die datio in solutum, „weil ja der Stat weiter als Schuldner erscheine". Das findet er in den Worten: *cum soluere posset populus.* Er hat wol die Worte übersehen: *quia pro tertia parte pecuniae (ager) datus erat,* und die Tatsache nicht beachtet, dass der Stat im J. 558/196 die letzte Rate der Schuld abträgt. Die Construktion, die M. (S. 36) selbst gibt, Pfandbestellung mit einer Art von lex commissoria (wie etwa fr. 16 § 9 de pign.), muss man bei ihm nachlesen.

[1]) Ich schliesse das aus der Analogie privater Vermächtnisse, die eine Rentenleistung unter Haftung von Grundstücken festsetzen. Dieses *legare ex* oder *a fundo* ist offenbar häufig gewesen; die Juristen haben den Willen des Erblassers sehr verschieden ausgelegt (fr. 20 § 1 sq. de al. leg. 34, 1; fr. 26 pr. quando d. 36, 2; fr. 8 § 5 § 15 de transact. 2, 15; fr. 83 § 5 de VO. 45, 1). Da, wo sie die obligatio fundi als Pfandrecht verstehen, zweifeln sie nicht, dass der Erbe nachzahlen muss, wo die Erträgnisse des Grundstückes nicht zureichen (fr. 12 de al. leg. 34, 1); wo das nicht geschieht, ist der Umfang der Leistung durch den Ertrag der Grundstücke bedingt: Julian fr. 5 de trit. 33, 6; höchstens muss aus dem höheren Erträgnisse anderer Jahre zugeschossen werden: Labeo fr. 17 § 1 de ann. leg. 33, 1; Sabin fr. 13 de trit.; vgl. übrigens auch Dernburg, Pfandrecht 1, 281 ff. — [2]) Savigny, verm. Schriften 5, 61 ff.;

Grundbesitzern ein Darlehen und erwirbt dafür lediglich eine Hypothek an ihrem Lande. Fasst man die Sache so auf, dann muss man I) notwendig die praktische Rechtsgestaltung ausdenken, welche daraus folgt. Allerdings darf jeder Besitzer der verhafteten Grundstücke mit der Pfandklage belangt werden; es ist in dieser Zeit noch unzulässig, den Kläger an den Schuldner zu verweisen [1]). Durch Angebot der fälligen Zinsrate erhält sich der Beklagte im Besitze. Schon das ist schwerfällig genug. Dazu kommt aber noch zweierlei. 1) Der Erbe des ersten Darlehnsempfängers haftet natürlich weiter, selbst auf den Rest der Zinsen, soweit sie aus den Erträgnissen nicht bestritten werden können; 2) durch Oblation oder Rückzahlung des gesamten Kapitales kann die Hypothek jederzeit abgeschüttelt werden [2]). Man sieht leicht: das Verhältnis bekommt dadurch ein völlig anderes Ansehen, als beabsichtigt war. Die Annahme einer Hypothek stimmt indessen II) ganz und gar nicht mit dem, was wir über die Begründung dieser milden Stiftungen wissen. Aus den Alimententafeln ist darüber nichts unmittelbar zu ersehen: sie zählen lediglich die verhafteten Grundstücke mit den darauf bestätigten Renten auf. Nur soviel ist deutlich: die Grundeigentümer erbieten sich unter Angabe des Wertes ihrer Ländereien zur Uebernahme der jährlichen Leistungen; sie erhalten von der Stadt *(accipere debent)* eine bestimmte Geldsumme aus dem Kapitale, das der Kaiser zur Verfügung gestellt hat, und sind schliesslich zu gewissen regelmässig wiederkehrenden Zahlungen an die Stadt verbunden. Nur wie diese *obligatio praediorum* vor sich geht, lernen wir aus den Urkunden nicht. Die Beschreibung des Plinius von seiner eigenen Stiftung zeigt keine Spur einer Pfandbestellung in irgendwelcher Form: das Grundstück wird der Stadt mancipiert und „zurückgenommen" unter Auflegung eines uectigal, das dem zu schenkenden Kapitale entspricht; d. h. also: das Grundstück ist nunmehr

Puchta, Inst. 1 § 180 S. 331 f.; Bruns, Fontes p. 224; Huschke S. 168 f.; wol auch Marquardt 2, 141: „die Kapitalien werden bestätigt".

[1]) Scaevola fr. 19 qui pot. 20, 4. — [2]) Man hat deshalb vermutet (Huschke S. 168), das Darlehen sei durch verabredete Privatstrafe „möglichst unkündbar" gemacht. Der Ausdruck zeigt schon, wie wenig das möglich war (auch Rudorff zu Puchta, Inst. 2 § 245 p.).

in der Hand des Plinius und seiner Rechtsnachfolger mit einer Abgabe an die Stadt belastet, es ist ihnen zu Vectigalrecht ausgetan [1]). Plinius stellt das in seiner Art so dar, als ob dieses ganze Verfahren seine eigene kluge Erfindung wäre; das trifft natürlich nicht zu. Anders als Plinius gieng A. Quinctitius Priscus vor [2]): er kaufte von der Stadt Grundstücke und übertrug ihr das Eigentum daran zurück, indem er ein jährliches uectigal darauf legte *(in auitum reddere).* In beiden Fällen wird genau bezeichnet: 1) der Wert des Grundstückes; 2) die Höhe des darauf bestätigten Kapitales; 3) der Zins mit einer festen Ziffer: er hätte natürlich ebenso gut durch den Zinsfuss bestimmt werden können [3]).

Hiebei bleiben freilich zwei für die Beurteilung des Rechtsverhältnisses massgebende Fragen unbeantwortet. Denn einmal 1) wissen wir nichts über die Formen, in denen sich diese Rechtsgeschäfte vollzogen. Die Auftragung der Grundstücke an die Stadt geschah mittelst Mancipation, wie im Falle des Plinius gewis ist. Dass auch die Hingabe an den Rentenpflichtigen *(receptio)* oder der Ankauf des Grundstücks seitens der Stadt *(redemptio)* und seine Rückgabe in Mancipationsform erfolgte, ist höchst unwahrscheinlich. Unsere Quellen sagen nichts davon, und jedesfalls hätte auch durch die Nuncupation bei der Mancipation eine nach Privatrecht giltige Auflegung des am Grundstücke klebenden uectigal nicht erfolgen können. Im Zusammenhange damit steht es weiter, dass wir 2) nicht wissen, was die rechtliche Folge der Nichtzahlung der Rente war. Plinius sagt ausdrücklich, durch sein Verfahren werde auch

[1]) Plinius ep. 7, 18: nam pro quingentis milibus nummum, quae in alimenta ingenuorum . . promiseram, agrum ex meis longe pluris actori publico mancipaui, eumdem uectigali imposito recepi, tricena milia annua daturus. per hoc enim et reip. sors in tuto (andere waren weniger vorsichtig: Orelli-Henzen 6669) nec reditus incertus, et ager ipse propter id quod uectigal large supercurrit semper dominum a quo exerceatur inueniet. — [2]) Oblig. Ferentina bei Bruns p. 227, 3. — [3]) Diese zwiefache Art der Auflegung einer Reallast erinnert an die bald verwischte Unterscheidung von *excipere* und *imponere seruitutem* (Labeo 1, 477): da wo das Grundstück der Stadt gehört, behält sie sich ein Rentenrecht daran vor, da wo es dem Privaten gehört, legt sie den Zins auf. Die Analogie des census constitutiuus und reseruatiuus will ich wieder bloss andeuten (Duncker, Reallasten S. 185 f.).

das Kapital sicher gestellt. Wenn man kein Pfandrecht annimmt, sondern an der Analogie der übrigen Fälle des Vectigalrechtes festhält, so wird man der Stadt das Obereigentum zuschreiben müssen. Damit erlangt sie die Befugnis, wenn nicht geleistet wird, das Gut an sich zu ziehen: höchst wahrscheinlich fanden sich über die dabei zu beobachtenden Modalitäten besondere Bestimmungen in den Stiftungsurkunden[1]). Selbstverständlich muste das eingezogene Grundstück wieder auf Zins ausgetan werden. — Bei den kaiserlichen Stiftungen, stelle ich mir vor, wird wesentlich wie von Plinius verfahren sein: die angebotenen Ländereien sind Eigentum der Rentennehmer; diese tragen sie den kaiserlichen Beamten auf und erhalten sie mit einem uectigal belastet zurück. Sie haben dafür den grossen Vorteil, ein Kapital bar ausgezahlt zu empfangen[2]). Sicher hat dies Geschäft des öffentlichen Rechtes nicht der Mancipationsumwege bedurft, um vollgiltig zu sein; schwerlich hat auch nur ein Besitzwechsel stattgefunden. Daher sind die Inschriften wolbefugt den verwickelten Vorgang mit dem einfachen Ausdrucke *obligare* zu bezeichnen. Dass dieser nicht bloss von der Verpfändung, sondern auch von unserer Art der Bestrickung mit einem uectigal gebraucht wird, hat man schon längst hervorgehoben[3]).

5. In diesen Zusammenhang gehören endlich auch die Wege-, Wasser- und Cloakenzinsen; es sind öffentlichrechtliche Grundlasten[4]).

---

[1]) Fr. 31 pr. de pign. 20, 1: lex uectigali fundo dicta erat, ut, *si post (per?) certum temporis uectigal solutum non esset, is fundus ad dominum redeat:* postea is fundus a possessore pignori datus est; quaesitum est, an recte pignori datus est? respondit, si pecunia intercessit, pignus esse. item quaesiit, si, cum in exsolutione uectigalis tam debitor, quam creditor cessassent et propterea pronuntiatum esset *fundum secundum legem domini esse,* cuius potior causa esset? Respondit, si (ut proponeretur) uectigali non soluto, iure suo dominus usus esset, etiam pignoris ius euanuisse. Vgl. auch c. 2 pr. de f. emph. 4, 66. — [2]) So im wesentlichen Henzen, tab. Baeb. p. 25 sq. (freilich mit unrichtiger Begründung); Bachofen, Pfandrecht S. 229 f.; Matthiass S. 71. Den Vorteil für den Grundbesitzer betont Hirschfeld, Verwaltung 1, 115. — [3]) Vgl. Hygin p. 116, 5; Bachofen S. 226 f. — [4]) Vgl. darüber: Brissonius, sel. antiq. 3, 11 (opp. p. 74 sq.); Kuhn, städt. u. bürgerl. Verfassung 1, 62 f.

a) Die Wegebesserung erfolgt bekanntlich schon nach den XII Tafeln auf Kosten der anliegenden Grundbesitzer durch Hand- und Spanndienste[1]); diese werden vom Beamten erfordert: der Kunstausdruck dafür ist *uiam exigere*[2]). Wir dürfen nicht zweifeln, dass diese Naturalleistungen von den Aedilen ursprünglich erzwungen wurden[3]), wie es anscheinend ausserhalb Roms geschah[4]). Später ist es dagegen üblich, die Ausbesserung zu verdingen und die Herstellungskosten vom Pflichtigen durch Attribution einzuziehen[5]). So liegt hier ein wahres munus publicum vor. Die Verpflichtung aber ruht als wirkliche Reallast auf dem Grundstücke: dafür ist es bezeichnend, dass die XII Tafeln bei unwegsamer Strasse über das anliegende Grundstück zu fahren gestatten. Die cäsarische Städteordnung setzt dies Verhältnis voraus[6]), und die späteren klassischen Juristen sagen es geradezu, dass die Pflicht am fundus klebt[7]). Aehnlich wie bei der Einquartierungslast wurde deshalb wol auch der Pächter in Anspruch genommen, der sich dann an den Eigentümer halten durfte[8]). Von dieser wenig zweckmässigen Einrichtung ist man im Laufe der Zeit offenbar in vielen Gemeinden des Reiches abgegangen: man übernahm den Wegebau auf die städtische Kasse, zog aber die pflichtigen Grundeigentümer zu Geldbeiträgen *(collatio uiae)* heran[9]). Es versteht sich, dass dieser Strassenzins denselben Rechtscharakter, wie die Naturalleistung hat: das ist ausdrücklich bezeugt[10]); er wird mit den Reallasten, die wir sonst kennen, zusammen gestellt[11]); und der Uebergang der

---

[1]) XII T., 7, 7; Festus p. 371; Cicero p. Caec. 54. — [2]) Cicero Verr. II, 1. 154; Ps. Asconius p. 200, 5; Siculus Fl. p. 146, 9. Der Ausdruck *imperare* ist auf die Aedilen und Wegecuratoren unanwendbar. — [3]) Mommsen 2, 494. — [4]) Fr. 18 § 15 de mun. 50, 4? — [5]) L. Iul. mun. 10, 33 sqq.; Bruns, kl. Schriften 2, 18 ff. — [6]) L. Iul. mun. 7, 20 sqq. — [7]) Fr. 14 § 2 de mun. 50, 4: uiarum munitiones (die Naturalleistung), praediorum collationes (die Wegebauabgaben) non personae, sed locorum munera sunt; daher fr. 14 § 1 quemadm. seru. 8, 6. — [8]) Fr. 1 § 3 de uia publ. 43, 10. — [9]) C. 6 de pign. 8, 13; fr. 2 § 22 neq. in l. publ. 43, 8. — [10]) Fr. 11 de uac. 50, 5: sunt munera, quae rei proprie cohaerent, de quibus .. nec merita militiae (fr. 4 pr. de ueter. 49, 18) nec ullum aliud priuilegium (c. 6 C. Th. de it. mun. 15, 3) iure tribuit excusationem: ut sit [est?] praediorum collatio uiae sternendae. — [11]) Fr. 27 § 3 de usufr. 7, 1.

Beitragspflicht auf den Grundstückserwerber beim Handwechsel wird einfach vorausgesetzt[1]).

b) Ein ganz ähnliches Verhältnis fand bei öffentlichen Wasserleitungen statt. Ihre Reinigung und Ausbesserung haben zunächst die Grundeigentümer zu besorgen, über deren Gebiet die Leitung läuft. Statt dieser Naturalleistung (ob auch neben ihr?) bestand vielfach eine Beitragspflicht; sie heisst *pro aquae forma,* für die Wasserleitung[2]). Beide Verbindlichkeiten tragen durchaus das Wesen von Grundlasten an sich; sie werden mit solchen in den Rechtsbüchern zusammengestellt und mit ihnen gleich behandelt[3]). Daher wird der Zins als uectigal bezeichnet; er fällt in Rom in die Statskasse und wird zur Unterhaltung des Wasserleitungsgesindes verwendet[4]). Die Art und das Mass der Abgabe des Wassers an die Privaten sind für jede Leitung besonders genau geregelt[5]), und namentlich ist vorgeschrieben, ob sie unentgeltlich oder gegen eine Vergütigung erfolgen soll. Die Ueberlassung geschieht immer nur persönlich, nicht an das Grundstück[6]). Ein solches uectigal muss Ciceros tusculanisches Grundstück *pro aqua Crabra* zahlen; es ist eine Reallast: die Grundstücke, welche sie nicht zu tragen haben, nennt Cicero *immunes*, und die Pflicht geht auf den Singularsuccessor über[7]). Das Wasser des Flüsschens wird, wie es scheint, ohne Entgelt an sämtliche Bewohner Tusculums verteilt[8]).

---

[1]) Julian fr. 13 § 6 de AE. 19, 1. — [2]) Gromat. p. 349, 6 (Mago): aquarum ductus per medias possessiones diriguntur, quae a possessoribus ipsis uice temporum repurgantur, propter quod et leuia tributa persoluunt; c. 1. C. Th. de aquaed. 15, 2. Ueber den Ausdruck *forma* Gothofred zu c. 5 C. Th. eod. — [3]) Fr. 39 § 5 de leg. 1; fr. 27 § 3 de usufr. 7, 1; fr. 41 de AE. 19, 1. — [4]) Frontin de aquis 118; Mommsen 1, 314 f. — [5]) Frontin 103 sqq.; c. 2 sqq. C. Th. de aquaed. 15, 2. — [6]) Frontin 107: ius impetratae aquae neque heredem neque emptorem neque ullum nouum dominum praediorum sequitur; vgl. 108 sq.— [7]) Cicero de l. agr. 3, 9: immunia (praedia) meliore condicione sunt quam illa quae pensitant: ego Tusculanis pro aqua Crabra uectigal pendam, quia mancipio fundum accepi. — [8]) Darüber ausführlich Frontin 1, 9 (vgl. Cicero p. Balbo 20, 45; ep. 16, 18. 2; Jordan, Topographie 1, 139). Matthiass (S. 74 f.) bezieht die Abgabe irriger Weise auf die Wassernutzung und dreht dazu noch das Verhältnis um: der Grundeigentümer habe der Stadt gegenüber eine Servitut; „die aqua ist, wenn man so sagen darf, der fundus uectigalis"; die Zahlung des Zinses sei Be-

Nach allem dem sind die Fälle des Vectigalrechts sehr verschieden geartet: die Herschaft der Gemeinde geht bald recht weit, bald streift sie, wie eine Prädialservitut, nur die Oberfläche des Eigentumes. Es ist erklärlich, dass man diese Verschiedenheit des Umfanges als Verschiedenheit des Wesens auffasste, und deshalb zwei Gattungen der Vectigalgrundstücke annahm, solche, welche im Eigentume des States stehen, und solche, bei denen das Eigentum dem Grundbesitzer verbleibt[1]). Umgedreht erscheint es auch unzulässig, alle Fälle gleichmässig unter den Gesichtspunkt der Erbpacht zu bringen, und so überall dem State die nämliche Befugnis zuzuschreiben. Es ist auch hier das richtige, von der civilistischen Schärfe, d. h. Einseitigkeit, sich loszumachen. Man kann das Grundzinsrecht wol bezeichnen als Merkmal einer für den Stat oder die Gemeinde bestehenden besonderen Herschaft über das Grundstück, welche über die Grenzen der Gebietshoheit (wenn wir sie so nennen wollen) hinausgeht.

Wichtiger für mich ist in diesem Zusammenhange ein zweiter Punkt. Die Verknüpfung der obligatorischen Leistungspflicht mit dem Grundstückseigentume erfolgt bald durch das Gesetz, bald durch ein publicistisches Rechtsgeschäft. Die gesetzliche Anordnung zeigt, dass diese Verbindung eine Institution des öffentlichen Rechtes ist. Die Rechtsgeschäfte aber, um die es sich hier handelt: Verkauf von Grundstücken durch den Quästor, Auftragung durch die Privaten an den Stat u. s. w., weisen weder in der Form ihrer Errichtung, noch in der Person der abschliessenden Parteien irgendwelche Momente auf, durch die sich die unzweifelhafte Abweichung von den Normen des klassischen Privatrechts erklären und begründen liesse. Es sind also einfach Sätze des öffentlichen Rechts, die hier zur Anwendung kommen.

3. Privatrechtsverhältnisse.

Die Frage ist, ob sich ähnliche Erscheinungen auch auf dem Gebiete des Privatrechts finden. Darauf ist die Antwort

dingung für den weiteren Gebrauch. Mit dieser Construktion soll das Zusammentreffen von freiem Eigentume und Vectigalpflicht eines Grundstückes vermieden werden. Man sieht, wohin das Sträuben gegen die Anerkennung einfacher Sätze führt.

[1]) Huschke S. 184 ff.; dagegen Matthiass S. 74 A. 3.

eine doppelte: das ältere römische Privatrecht hielt den doktrinären Satz, um den es sich hier handelt, *seruitus in faciendo consistere nequit* noch nicht in der Weise der klassischen Juristen hoch und fest, und als er anerkannt war, hat man dennoch Institute des öffentlichen Rechts ins Privatrecht herübergenommen, die eine Abweichung von jener Regel in sich schliessen. Für beide Behauptungen habe ich nur sehr bekannte Belege.

I. Den Kanon bei der Emphyteuse will man nicht als Grundlast, als mit der Inhabung des Gutes verbundene Leistungspflicht gelten lassen: ein solches Verhältnis würde mit den Regeln des Privatrechtes in „direktem Widerspruche stehen“ [1]); daher müste die Ausnahme durch bestimmte Zeugnisse nachgewiesen werden, und diese fehlten. Dem gegenüber ist zu betonen [2]): die Emphyteuse ist aus dem öffentlichen Rechte einfach entnommen; dort aber ist das uectigal als Reallast althergebracht. Bei der Gestaltung zu einem Privatrechtsverhältnisse wurden sofort mehrfache Bestimmungen erforderlich, um das Institut dem Civilverfahren anzupassen. Das Wesen des Ganzen aber ist davon unberührt geblieben.

1. Die Anlehnung der E. an den ager uectigalis im Sinne eines statlichen (städtischen) Erbzinsgutes wird allgemein zugegeben. Man ist weiter gegangen und hat beide für das gleiche, nur nach den Reichshälften verschieden benannte Institut erklärt. Das ist unrichtig. Denn der Name Emphyteuse kommt 1) erst später auf und ist im Anfange offenbar gar kein Kunstausdruck gewesen [3]). Ulpian nennt das Verhältnis zur Auswahl ἐμβατευτικόν, was nur Besitz-, Herschaftsrecht besagen kann [4]). Es ist ferner 2) nicht bezeugt und in sich sehr unwahrscheinlich, dass agri uectigales jemals von Privaten errichtet worden sind [5]). Hygin erkennt nur Vectigaläcker des römischen Stats und der Gemeinden an, mit Zögern solche der Vestalischen Jungfrauen [6]); ebenso hat Gaius (3, 145)

---

[1]) Z. B. Muehler, de iure emph. transferendo p. 48 sq.; Duncker, Reallasten S. 191 f.; Wächter, Platzrecht S. 87 f.; S. 97 f. — [2]) S. schon Zachariä, Krit. Jb. f. RW. 20, 648 f. — [3]) Vuy, de orig. et nat. iur. emph. p. 101 sq. — [4]) Fr. 3 § 4 de reb. eor. 27, 9. — [5]) Vuy, p. 67. — [6]) Hygin p. 116 sq.: uirginum quoque Vestalium et sacerdotum quidam agri uectigalibus redditi sunt locatim.

lediglich städtische Ländereien im Auge; Paulus stellt die agri u. in bestimmten Gegensatz zu den Grundstücken *qui ita colendi dantur, ut priuatim agros nostros colendos dare solemus*[1]), vielleicht schon im Hinblicke auf Emphyteusen. In Diocletians Zeit werden der fundus emphyteuticus und patrimonialis dem ager uectigalis entgegengesetzt[2]). Dagegen haben die Institutionen, § 3 de loc. 3, 24, mit ganz klarer Rücksicht auf die private Erbpacht die Aeusserungen des Gaius bewust verallgemeinert: der Obereigentümer wird hier *dominus* genannt. Unter diesen Umständen ist es mir nicht zweifelhaft, dass die Compilatoren in Scaevolas Ausführung fr. 31 de pign. 20, 1 das Wort *dominus* für *municipes* interpoliert haben, um der Stelle eine weitertragende Bedeutung zu geben, oder besser ihr den Schein einer statsrechtlichen Besonderheit zu nehmen[3]); und dafür sprechen auch noch andere Gründe (s. u. S. 87).

2. Dass die E. dem Vectigalacker nachgebildet ist, ergibt vor allem Zenos Verordnung, c. 1 de emph. 4, 66. Sie knüpft an die Streitfrage über die Natur des Erbzinsvertrages an. Nach Gaius bezog sich diese auf agri uectigales; Zeno setzt die emphyteutischen Grundstücke damit ohne weiteres gleich. Und diese Ausgleichung bestätigen die beiden Interpolationen in Rubr. D. 6, 3 und bei Macer fr. 15 § 1 qui satisd. 2, 8[4]). Wie sich die Vermittelung vollzog, liegt, meine ich, auf der Hand. Das Emphyteutrecht kam ursprünglich nur bei fundi patrimoniales, also Grundstücken des Kaisers vor: nur so erscheint es im theodosischen Codex[5]); die peraequatores haben die Aufsicht und die Beitreibung des Kanons[6]). Erst in Justinians Verordnungen tauchen Private als Grundherren auf[7]). Die Sache ist so zu denken, dass die Grossgrundbesitzer nach dem Vorbilde der kaiserlichen Hausverwaltung Erbpachtsverträge zu schliessen anfiengen. Nun machte sich aber auch das Bedürfnis geltend, einige Punkte gesetzlich zu regeln, die man vorher der Verwaltungspraxis hatte überlassen dürfen.

a) Die Gefahr des Zufalles. Nach altem Vectigal-

---

[1]) Fr. 1 pr. si ag. uect. 6, 3. — [2]) C. 13 de praed. min. 5, 71. — [3]) A. M. ist freilich Degenkolb, Platzrecht S. 51. — [4]) So schon Savigny, Besitz, S. 117 A., und nach ihm viele: neuestens Lenel, ed. perp. S. 146. — [5]) Vgl. J. Gothofred, parat. zu C. Th. 10, 3. — [6]) C. 13 de praed. min. 5, 71 (a. 293). — [7]) C. 2 sq. de i. emph. 4, 66.

rechte wurde dem Colonen, der durch Miswachs oder sonstige Unfälle geschädigt war, genau so wie dem Zeitpächter ein Nachlass am Pachtzinse gewährt [1]). Die ganze Angelegenheit wird im Verwaltungswege nach Billigkeitsrücksichten ausgeglichen; daher auch die Möglichkeit bei späteren guten Jahren die Remission wieder einzubringen. Das sieht nicht so aus, als ob es auf dem Boden des Zeitpachtrechtes mit seinem Pachtgelde erwachsen wäre. Man hat mit vollem Rechte auf die Schwierigkeiten hingewiesen, welche diese Bestimmungen bei jährlich zu zahlendem Pachtzinse und bei Verhandlungen machen, die in processualischen Formen geführt werden musten [2]). Einfach aber gestalten sich diese Dinge, wenn sie bei Gelegenheit einer Rundreise von den Domänenbeamten als Verwaltungssache entschieden werden, und naturgemäss da, wo die Vectigalien in Naturalabgaben bestehen [3]). In ganz ähnlicher Weise wird auch den Steuerbeamten vorgeschrieben Rücksicht zu nehmen [4]). — Bei der späteren Emphyteuse steht es bekanntlich anders: eine Remission für gelegentlichen Schaden darf nach Zenos Gesetze nicht mehr gefordert werden. Die Bestimmung hängt wol damit zusammen, dass der Emphyteuta selbständig wie ein Untereigentümer gestellt werden sollte; und diese Aenderung wieder mit der Uebertragung des Verhältnisses auf das privatrechtliche Gebiet [5]).

---

[1]) Fr. 15 § 4 loc. 19, 2. — [2]) Vgl. Jacobi, Remission d. Pachtzinses S. 55 f. — [3]) S. auch Pernice, Zschr. f. RG. N. F. 3, 57; vgl. noch Appian b. c. 5, 4, wo Antonius zu den Asiaten sagt: *ἀλλὰ μέρη φέρειν τῶν ἑκάστοτε καρπῶν ἐπετάξαμεν* (wir haben Naturalzehnten auflegt), *ἵνα καὶ τῶν ἐναντίων κοινωνῶμεν ὑμῖν.* — [4]) Fr. 4 § 1 sqq. de cens. 50, 15. — [5]) Fr. 15 § 4 c. will man auf Zollpachtungen beziehen, um den anscheinenden Widerspruch mit dem Emphyteutrechte zu vermeiden (Vangerow 1, 792 und dort Angeff.). In republikanischer Zeit durfte allerdings der Senat als oberste Finanzbehörde des States den Steuerpächtern bei Unglücksfällen *(συμπτώματος γενομένου)* Stundung und Nachlass gewähren (Polybios 6, 17. 5.); möglich, dass diese Gewalt *(κυρεία)* durch die l. Sempronia das C. Gracchus über Asien beschränkt, nämlich, dass ein Kanon von Remissionsfällen (incursus hostium z. B.) aufgestellt wurde (Schol. Bob. z. Cic. p. Planc. p. 559 A.; Cicero de prou. cons. 12; Mommsen CIL. I, p. 101). Immerhin mag ja darin das Vorbild des privaten Remissionsrechts liegen. (Charakteristisch ist es indes, dass die Remission vom Senate gewährt wird, dem auch die Aufhebung (inductio) des ganzen Vertrages zusteht, nicht vom Ver-

b) Das Privationsrecht. Bei Vectigalgrundstücken galt die *poena commissoria,* wenn der Grundzins rückständig blieb, d. h. das Grundstück fiel zu vollem Eigentume an die Gemeinde heim. Diese Regel wird naturgemäss auf die fiscalischen Emphyteusen übertragen[1]). Man scheint in den Verträgen dort wie hier genau festgestellt zu haben, wie lange der Pachtszins rückständig bleiben dürfe[2]). Das ahmten dann die privaten Erbpachtsberedungen erklärlicher Weise nach[3]). Aber erst Justinian hat das Austreibungsrecht zum naturale negotii erhoben[4]). Mit gutem Grunde. Das Verhältnis am ager uectigalis fasste man in der Kaiserzeit so auf, dass der Stat das Austreibungsrecht nicht übe, solange der Zins richtig gezahlt werde[5]); es steht ihm also grundsätzlich jeder Zeit zu. Darin ist eine Verschiedenheit vom privaten Pachtvertrage enthalten. Wenn man auch annimmt, dass der Verpächter den Colonen jederzeit aus dem Grundstücke werfen darf[6]), so liegt doch darin zweifellos ein Verstoss gegen den Vertrag: es ist ein Ersatzanspruch begründet; man pflegt sich diesen von vornherein durch Strafsponsionen zu sichern[7]). Bei der Emphyteuse suchte man nun denselben Standpunkt wie im Vectigalrechte einzunehmen; das Verhältnis der Parteien wird hier ebenso bestimmt: *praedia — ita sunt per principes ueteres elocata, ut certum uectigal annuum ex his aerario penderetur*[8]). Aber auch bei der privaten Pacht kehrt diese Formel wieder[9]). Es scheint mir also klar, dass Justinian

waltungsgerichte.) Aber darum handelt es sich hier nicht: Papinian gutachtet, dass der Verpächter, der Nachlass *ob sterilitatem* gewährt habe, später wenn *sequentibus annis contigit ubertas* seinem Schaden wieder beikommen könne. Dasselbe soll auch für uectigalia gelten. Vielleicht liesse sich der Satz auf Zehntpachtungen anwenden (obgleich da doch wol erst am Schlusse der Pachtzeit *cum eis ratio putatur ex lege Sempronia*); für Zölle bleibt das Verfahren unverständlich (Jacobi S. 53 A. 1; S. 70).

[1]) C. 5 C. Th. de adm. et per. 3, 19 (30); c. 16, c. 18 C. Th. 5, 13. — [2]) Fr. 31 de pign. 20, 1. — [3]) Arg. c. 2 pr. de emph. 4, 66. — [4]) C. 2 § 1 eod. — [5]) Gaius 3, 145; Paulus fr. 1 pr. si ag. uect. 6, 3; c. 1 de adm. rer. publ. 11, 30. — [6]) Die neuerlichen Ausführungen von Wendt (Faustrecht S. 176 ff.) dagegen berühren hier weiter nicht: für mich sind sie nicht überzeugend. — [7]) Fr. 54 § 1 loc. 19, 2. — [8]) C. 15 C. Th. 5, 13. — [9]) C. 3 de loc. 4, 65: conductorem expelli non oportet, qui pensionem soluit.

Einreden aus dem Vertrage gegenüber der Privationsklage abschneiden wollte, wie sie bei privaten Emphyteusen nach dem Vorbilde des Pachtverhältnisses vorkommen musten: er setzt deshalb eine Frist für den Zinsrückstand; ist diese abgelaufen, so ist unentschädigte Austreibung zulässig [1]).

c) Gerade hiedurch ist nun eine dritte Frage nahe gelegt. Das uectigal des alten Erbzinsgutes war so wenig wie die Grundsteuer eine Bedingung der Nutzniessung im eig. Sinne, sondern eine auf den Acker gelegte Last: es wird als obligatorische Leistung behandelt und auf dem Verwaltungswege eingezogen. Man bestreitet das bekanntlich. Aber im Sinne des justinianischen Rechtes kann man das oben (S. 69 f.) besprochene fr. 7 de publ. 39, 4, wie die anderen Stellen, wo der ager uectigalis vorkommt [2]), unmöglich auf steuerpflichtiges Provinzialland beziehen [3]). Bei den fiscalischen Erbleihen fasste man die Sache so auf: die Rückstände können durch die Mittel der Verwaltung beigetrieben werden [4]). Natürlich nahm man dabei, wie bei der Steuererhebung, billige Rücksichten [5]). Die Verwirkung des Rechtes trat daher nur an letzter Stelle ein. Der Prüfstein für diese Anschauung ist der Fall der Veräusserung. Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine solche zulässig sei, scheint im Vectigal- und älteren (öffentlichen) Emphyteutrechte offen geblieben zu sein. An der Möglichkeit einer Vererbung des ager uectigalis auf gesetzliche und Testamentserben ist natürlich kein Zweifel [6]); auch zu Vermächtnis kann er hinterlassen [7]), Pfandrecht und Niessbrauch können daran bestellt werden [8]). Dagegen ist m. W. kein Fall der Handänderung in den Quellen bezeugt [9]).

[1]) Besonders deutlich ist das N. 120, 8 ausgesprochen. — [2]) Fr. 7 pr. comm. diu. 10, 3; fr. 16 § 2 de P. A. 13, 7; fr. 4 § 9 fin. reg. 10, 1; fr. 5 § 2 arb. f. caes. 47, 7; fr. 71 § 6 de leg. 1. — [3]) So Dernburg, Pfandrecht 1, 349 A. Dafür spricht der Zusammenhang mit § 1. — [4]) C. 6 C. Th. 5, 14. — [5]) Fr. 7 § 1 de publ. 39, 4 (?); c. 2 de fundo patr. 11, 62. — [6]) Gaius 3, 145; fr. 10 fam. erc. 10, 2. — [7]) Fr. 39 § 5, fr. 71 § 5 sq. de leg. 1. — [8]) Fr. 1 pr. quib. mo. ususfr. 7, 4; fr. 16 § 2 de P. A. 13, 7. — [9]) Man darf natürlich nicht mit Schrader (zu d. Inst. p. 546) das Grundstück des Plinius (S. 78 f.) hierher ziehen. Aus fr. 3 § 4 de reb. eor. 27, 9 lässt sich entnehmen, dass die Veräusserung zulässig war: der Vormund wird an die obervormundschaftliche Einwilligung gebunden.

Gaius spricht nur von Erben, Paulus von denen, *qui in locum eorum successerunt* — und das geht nach gewöhnlichem Sprachgebrauche auf bon. possessores u. s. w., nicht auf Singularsuccessoren. So wissen wir hier nichts bestimmtes. Bei fiscalischen Emphyteusen scheint beim Handwechsel eine Anzeige an die Domänenbehörde und sogar ihre Mitwirkung üblich gewesen zu sein. Dabei ist dann erklärlich auch der Grundzins zur Sprache gekommen, und gegen das Einrücken schlechter oder zahlungsunfähiger Landwirte Vorkehrung getroffen[1]); gegen solche sicherte man sich zugleich im Erbpachtvertrage[2]). So war in der Tat kein grosser Schritt zu Justinians Neuerung. Sie war bei der Uebertragung des Instituts ins Privatrecht geboten: man muste die Anzeige zur gesetzlichen Pflicht machen und die Folgen der Nichtanzeige feststellen, um die Selbsthilfe der Grossgrundbesitzer abzuschneiden und ihnen dafür eine processualische Handhabe zu bieten. Man ist heutzutage darüber einig, dass die Zustimmung des Obereigentümers zur Veräusserung nicht den Abschluss eines Vertrages mit dem neueintretenden Emphyteuta enthält[3]): die Uebertragung des Rechtes vollzieht sich ledig-

---

[1]) C. 1 de fund. patr. 11, 62; c. 3 de fund. reip. 11, 66; c. 3 pr. ht. — [2]) C. 3 § 3 ht.: his tamen personis, quae non solent in emphicis contractibus uetari; ad personas non prohibitas, sed concessas et idoneas ad soluendum canonem. — [3]) Das ist die Auffassung, welche Muehler, de i. emph. p. 52 sq., p. 57 sq. im Anschlusse an Donell, comm. 9, 10. 18 vertritt. Dagegen Arndts, civ. Schriften 1, 237 A. 90. — Das Recht soll allerdings mit der Uebereignung übergehen; dagegen wird durch den Consens der neue Emphyteuta in das Vertragsverhältnis aufgenommen, der alte wird deshalb für die Zukunft von seinen Pflichten befreit, für die Rückstände indes haftet der alte Pächter weiter. 1) Die angeführten Quellenbelege (c. 4 C. Th. 5, 14; Nov. Mart. 3 § 1 p. 279 H.) behandeln den Fall gar nicht; sie sprechen von der Einziehung und Wiederausleihung des Grundstücks. 2) Nach der VO. Justinians ist eine Trennung von Recht und Pflicht unmöglich: es wird ausdrücklich gesagt, dass das Recht erst übergehe, wenn die Zustimmung des Obereigentümers erfolgt ist. 3) Fasst man die Zustimmung als Entlassung des alten Emphyteuta aus dem Schuldnexus, so kann das in römischer Form nur sich darstellen als p. de non petendo tacitum (c. 2 de pact. 2, 3). Wie will man dann ohne ausdrückliche Einschränkung die Weiterhaftung des Entlassenen für die Rückstände erklären?

lich zwischen den beiden Erbpächtern. So ist kein Grund abzusehen, aus welchem das alte Zinsverhältnis, d. h. die Haftung des Kanons am Gute, sich hätte umgestalten sollen. Ja, man darf sagen: der Obereigentümer hatte gar kein Rechtsmittel, um den Emphyteuta nach seinem Ausscheiden noch auf die Rückstände zu belangen. Denn die Besonderheit des zenonischen Erbpachtsrechts besteht eben darin, dass die obligatorischen Beziehungen fest mit der Innehabung des Grundstücks verbunden sind.

II. Dass die *superficies* zuerst im öffentlichen Rechte aufkam, daran kann man ernstlich nicht zweifeln. Und zwar tritt sie hier, wie im Privatrechte, durchaus auf als Baurecht, d. h. der Grund und Boden wird zum Zwecke der Errichtung eines Gebäudes verpachtet [1]). Der jährlich zu erlegende Entgelt erscheint naturgemäss gleichzeitig als Anerkennungsgebür für das statliche Obereigentum. Darum ist diese Abgabe vom uectigal innerlich nicht verschieden. Es versteht sich 1) von selbst, dass zu *solarium* ganz so wie zu *cloacarium* und *portorium* als ergänzendes Substantiv *uectigal* oder *tributum* hinzugedacht werden muss. Man scheint auf juristischer Seite die Adjectivform dieser Wörter zu übersehen, und man kehrt sich nicht daran, dass das *solarium* in den Quellen geradezu

---

[1]) Darauf haben Degenkolb, Zschr. f. RG. 4, 484, neuestens Brinz, Pand. 1, 807 f. mit vollem Rechte nachdrücklich hingewiesen: es gibt in den Quellen keinen Fall, wo ein schon stehendes Gebäude neu zu superficies bestellt würde. Inscr. Put. Z. 4 sq. (Bruns p. 222): uti solarium aedifici, quod extruit in transitorio, remitteretur; Inschrift des Adrast 2, 8 sq. (Bruns p. 223): — ei permissum . . aedificare (aedificium) loco cannabae a solo iuris sui pecunia sua, praestaturus solarium sic ut ceteri; fr. 2 § 16 neq. in l. publ. 43, 8: si quis a principe simpliciter impetrauerit, ut in publico loco aedificet; fr. 2 de superf. 43, 18: superficiarias aedes eas appellamus, quae in conducto solo positae sunt; fr. 15 qui pot. 20, 4: superficies in alieno solo posita; fr. 74 de R.V. 6, 1: in alieno solo superficiem habet. Fr. 32 de I. D. 23, 3 (Pomp.) handelt vom Verkaufe auf Abbruch, aber nicht von Bestellung einer superficies (wie Cujaz, obseru. 15, 21; 17, 2 nach Enantiophanes (Julian) sch. 2 Bas. 29, 1. 28 p. 370; Wächter S. 74 f. wollen). Das ergibt m. E. der Zusammenhang (Brechen von Steinen, Fällen von Bäumen, Niederreissen des Stockwerkes) so klar, dass die griechische Auktorität daran nichts ändern kann (Degenkolb, Platzrecht S. 38 f.).



als eine Art des uectigal bezeichnet wird[1]). Damit aber rückt 2) das Solarium in die engste Nachbarschaft der anderen Zinse für Bodenbenutzung, die an den Stat entrichtet werden. Darauf weist der Kaiser Sever ausdrücklich hin: petimus igitur aream .. adsignari ei iubeatis, praestaturo *secundum exemplum ceterorum* solarium[2]). Wer diese übrigen sind, darüber belehrt uns fr. 2 § 17 neq. in l. publ. 43, 8: jedem, der auf einem öffentlichen Platze baut, ohne den Verkehr dadurch zu hindern, dem wird ein Bodenzins vom Curator aufgelegt; die Leistung beruht also nicht auf Vereinbarung, sondern auf einseitiger, obrigkeitlicher Verfügung. Der curator operum publicorum hat selbstverständlich Zwangsgewalt, um nötigesfalls das rückständige Solarium einzutreiben. Das geschieht mit pignoris capio und multae dictio. Das Haus darf nicht abgebrochen werden; wie könnte er also vorgehen? Soll er den Superficiar hinaussetzen und das Bauwerk neu vergeben? Die Befugnis darf man ihm schwerlich absprechen. Aber sollte sich ein Beamter dieser Art mit solchen Einzelheiten befasst haben? So findet sich denn 3) das Solarium neben anderen öffentlichen Abgaben, die ganz entschieden als Grundlasten behandelt werden[3]).

Dies Institut ist im Privatrechte nachgebildet, besser: ins Privatrecht übernommen. Hier aber läugnet bekanntlich die herschende Meinung, dass das Solarium das Wesen einer Grundlast habe. Indessen ist kein Zweifel, dass die Bodenabgabe dort wie hier den gleichen Namen trägt; dass das Verhältnis in beiden Fällen regelmässig in derselben Weise zu Stande kommt: der Grund und Boden wird behufs Errichtung des Bauwerks verpachtet; dass die Superficies vererblich und veräusserlich ist. Man müste, sollte ich glauben,

---

[1]) Fr. 2 § 17 neq. in l. publ. 43, 8: si quis nemine prohibente in publico aedificauerit, non esse eum cogendum tollere, ne ruinis urbs deformetur, et quia prohibitorium est interdictum, non restitutorium; si tamen obstet id aedificium publico usui, utique is, qui operibus publicis procurat, debebit id deponere, aut si non obstet, solarium ei imponere; *uectigal* enim hoc sic appellatur *[solarium]* ex eo, quod pro solo pendatur. — [2]) Inschr. d. Adrast Z. 50. — [3]) Fr. 39 § 5 de leg. 1; die Stelle scheint sich mir allerdings auf Abgaben an den Stat zu beziehen (Wächter S. 97).

starke Beweise haben, um die Ungleichartigkeit in dem éinen Punkte zu behaupten.

Dazu kommt aber von der anderen Seite, dass die Construktion des Solariums als Bedingung der Gebrauchsüberlassung sich auf die Quellen nicht berufen kann, unjuristisch ist, und zu unhaltbaren Folgen führt.

1. Vor allem scheint mir die Auffassung unjuristisch. Die Pflicht das Solarium zu zahlen stammt aus dem Errichtungsvertrage. Der erste Superficiar und seine Erben haften mit obligatorischer Klage auf Leistung [1]). Dagegen in der Person des Singularsuccessors ist die Leistung des Grundzinses Bedingung. Wie ist es möglich, dass sich eine erzwingbare Vertragsklausel beim Uebergange des Gegenstandes in zweite Hand zu einer Bedingung der Ausübung umwandle? Ist das nicht ein ebenso tiefer Eingriff ins Privatrecht, als wenn man kurzweg das Solarium als Grundlast anerkennt? Müste man nicht folgerichtig den abgetretenen Superficiar weiterhaften lassen? Denn wie kommt er von der ordnungsmässig durch den Vertrag übernommenen Verpflichtung los? Nicht einmal das kann man sagen, dass er mit Rücksicht auf den neuen Schuldner befreit, der neue Schuldner statt seiner angenommen werde. Denn bei Superficies ist keine Einwilligungserklärung des Obereigentümers für den Handwechsel erforderlich, und der Erwerber wird nicht Schuldner im Rechtssinne.

2. Ferner ergeben m. E. gerade die beiden Stellen, welche Wächters Ansicht belegen sollen, dass das Solarium am Grundstücke haftet. Nach fr. 17 de pign. act. 13, 7 [2]) soll die Verpfändung der Superficies nur *sine deminutione solarii* erfolgen, d. h. der Hypothekar darf dem Obereigentümer den Bodenzins keinesfalls verkürzen. Daraus folgt: besitzt der Pfandgläubiger, so muss er den Bodenzins bezahlen, wie es der Niessbraucher muss [3]). Will er verkaufen, so kann ihm der Obereigentümer wegen des Solariums zuvorkommen [4]). Der

---

[1]) Wächter S. 92. — [2]) Sane diui Seuerus et Antoninus rescripserunt, ut sine deminutione mercedis soli obligabitur [l. Sane ut — sine deminutione]. — [3]) Fr. 7 § 3 de usufr. 7, 1. — [4]) Fr. 15 qui pot. 20, 4: etiam superficies in alieno solo posita pignori dari potest, ita tamen, ut prior [potior?] causa sit domini soli, si non soluatur ei



Obereigentümer wird also in ganz ähnlicher Weise geschützt, wie der, welcher ein sg. Pfandrecht an eigener Sache hat: er kann den Pfandverkauf hindern, bis ihm der Gläubiger den rückständigen Betrag zahlt und ihn so abfindet, gleichsam durch Oblation; möglichesfalls kann er Befriedigung wegen der Rückstände aus dem Erlöse verlangen. Und dem Käufer liegt ohne weiteres die fernere Zahlung des Solariums ob.

3. Der Obereigentümer hat, wie zugestanden wird, kein Privationsrecht[1]). Wie macht er also seinen Anspruch auf das Solarium geltend? Er verhindert den Superficiar an der weiteren Ausübung seines Rechtes. Das geschieht mittelst Vindication, die gegen die Einrede des dinglichen Rechtes durch replica doli unterstützt wird[2]). Dadurch wird die Eigentumsklage mit ihrem ganzen Beweisapparate zu einem seltsamen vorläufigen Schutzmittel herabgesetzt; sie wirkt etwa wie ein richterliches Inhibitorium. Wenn umgekehrt der neue Superficiar auf Herausgabe des Hauses zum Zwecke der Nutzniessung klagt, so wird er wegen Nichtzahlung des Solariums auf Grund einer exc° doli abgewiesen. Damit ist ihm natürlich in klassischer Zeit sein Recht endgiltig aberkannt. Das sieht nun doch wieder einer Privation auf ein Har ähnlich. Wächter weiss auch nur für das neuere Recht zu helfen, wo die processualische Consumption weggefallen sei.

Diese ganze verwickelte, in sich unwahrscheinliche Construktion wird beliebt, weil die Anerkennung eine Reallast „gar zu tief in die Principien des R. R. eingeschnitten hätte" (S. 87). Es handelt sich dabei aber, was man immer vergisst, um die Grundsätze des entwickelten, klassischen Privatrechts. Die Superficies wurde nicht erst in der Kaiserzeit ins Privatleben übertragen. Man darf fragen, ob bereits in der republikanischen Periode die Principien so scharf erfasst, ob insbesondere die Servituten als dingliche Nutzungsrechte an fremder Sache begrifflich so durchdacht und folgerichtig ausgebildet waren, dass eine Reallast als arge Sünde gegen diese Prin-

---

solarium. In l. 68. ad ed. handelt Paulus von der a. Seruiana: Lenel, ed. perp. S. 395 A. 3.

[1]) Wächter S. 89f.; a. M. scheint Brinz, Pand. 1, 812, 822. — [2]) Wächter S. 93.

cipien erschienen wäre. Mich dünkt das aus verschiedenen Gründen nicht allzu wahrscheinlich.

1. In der Kaiserzeit tritt die Servitut unzweifelhaft als dingliches Nutzungsrecht auf. Damit war der Satz: *seruitus in faciendo consistere non potest* als strenglogische Folge von selbst gegeben. Da die römischen Gerechtigkeiten an fremder Sache durchgängig in einem Dulden oder Nichttun bestehen, so war die Theorie mit der Praxis leicht in Uebereinstimmung zu bringen. Bekanntlich aber stossen beide im Falle der *seruitus oneris ferendi* zusammen. Ich kann es nicht vermeiden, die bis zum Ueberdrusse oft besprochene Servitut nochmals zu berühren. Es geht nämlich aus dem Zusammenhalte der einschlagenden Stellen m. E. unverkennbar hervor: 1) die s. on. fer. ist eine althergebrachte Grundgerechtigkeit so, dass dem Eigentümer des dienenden Grundstückes die Ausbesserungspflicht obliegt. 2) Diese Verbindung von Obligation und dinglichem Rechte als solchem wird von Aquilius Gallus als „civilistische Unmöglichkeit" angefochten. 3) Aber die Meinung des Servius drang durch[1]. Er deducierte aus der lex aedium: *paries uti nunc est, ut ita sit.* Diese schliesse die Ausbesserungspflicht in sich; denn natürlich könne eine Mauer ohne geeignete Nachhilfe nicht ewig dauern[2]. Das ist offenbar eine Verhüllung, nicht eine Aufhellung des Tatbestandes[3]. 4) Labeo dagegen lässt sich auf diese Spielerei nicht ein; er entscheidet: *hanc seruitutem non hominem debere sed rem.* Dass er durch diese Wendung eine Anlehnung an die publicistischen Grundlasten sucht, liegt auf der Hand. Ebenso aber ist einleuchtend, dass der massgebende publicistische Satz im Privatrechte gerade nicht gilt, dass es also herzlich unpassend ist, sich zur Begründung des Ausnahmsfalles mittelbar auf ihn zu berufen. 5) Die Vermittelung vollzog sich hier wie so oft auf dem Gebiete der Klage. Die a. confessoria ist arbitraria. So wäre der Richter in der Lage die Ausbesserung der Mauer anzuordnen, wie er auch die Wegschaffung eines hinderlichen Bauwerks auf Kosten des Servitutpflichtigen anordnet. Die innere Ungleichartigkeit

[1]) Fr. 6 § 2 si seru. 8, 5. — [2]) Fr. 33 de SPV. 8, 2. — [3]) Bekanntlich folgen ihm noch heute viele: s. bei Windscheid 1, § 211a, A. 3.

beider Befehle lässt sich bei einigem gutem Willen — und den brachte man mit — leicht übersehen[1]). Darum konnte man denn die überlieferte Formel, die auf *cogere reficere* abstellt, ohne Bedenken beibehalten; sie erschien als besonders geartete confessoria.

2. Daneben finden sich aber noch andere Verpflichtungen, welche den Grundstücken als solchen nach uraltem Gewohnheitsrechte obliegen. Die sg. gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen, die ein Unterlassen herbeiführen, darf man nicht heranziehen[2]). Sie reihen sich den gewillkürten seruitutes in patiendo einfach an und lassen sich als dingliche Einengungen des als absolute Herschaft gedachten Eigentumes auffassen. Aber es gibt ein Par Fälle, wo durch die Rechtsordnung wenigstens mittelbar eine Pflicht zum Tun für den jedesmaligen Eigentümer gesetzt wird.

a) Unbestreitbar scheint mir dies beim *damnum infectum.* Hier wird die Ausbesserung des gefahrdrohenden Gebäudes vom jeweiligen Eigentümer erzwungen. Die ganze Gestaltung des Verhältnisses und die Theoreme der römischen Juristen suchen diese Nötigung möglichst zu verbergen; sie vollzieht sich in der mildesten Form und mit der grösten Zurückhaltung; aber da ist sie dennoch. Denn mir scheint klar: 1) Wegen des drohenden Schadens kann Sicherstellung verlangt werden. Die Furcht, künftig wenn das Gebäude zusammenstürzt den Schaden ersetzen zu müssen, wirkt selbstverständlich auf die Gegenwart zurück. Und darauf ist offenbar das ganze Verfahren angelegt: die Kaution soll als psychisches Zwangsmittel gegen den Eigentümer verwendet werden, den Zustand des Hauses zu untersuchen und dem Uebel womöglich abzuhelfen. Wie man darauf hinaus will zeigt 2), dass dem Missus ausdrücklich die Ausbesserung des Gebäudes auf Kosten des Eigentümers gestattet wird. Einige Juristen hielten ihn sogar für verpflichtet dazu[3]). Diese Anschauung hat wol lediglich darin ihren Grund, dass man eine möglichste Annäherung der Verhältnisse bei der Immission und beim Pfandrechte anstrebte. Immerhin aber sieht man daraus, um

[1]) Fr. 6 § 7, fr. 7, fr. 8 pr. § 2 de SPV. 8, 2. — [2]) Darum scheint mir die Aufzählung bei Bekker, Zschr. f. HR. 4, 532 bedenklich. — [3]) Fr. 15 § 30 de damn. inf. 39, 2.

welchen Punkt sich eigentlich das ganze Verfahren dreht. Und damit stimmt endlich 3) Burckhards sehr wahrscheinliche Vermutung über das Wesen der XII tafelmässigen Legisaktion wegen damnum infectum[1]). Danach lag in älterer Zeit dem Eigentümer des gefahrdrohenden Hauses geradezu die Reparaturpflicht ob. Es kann füglich dahin gestellt bleiben, ob irgendwie auf Ausbesserung geklagt werden durfte, oder ob der Bedrohte die Reparatur selbst vornahm und deren Kosten vom Nachbar beitrieb: die letztere Annahme scheint mir doch auf unsicheren Analogien zu beruhen[2]).

b) Versteckter ist die Ausbesserungspflicht bei der Vorflut. Der dogmatische Standpunkt muss hier notwendig der sein: die Aenderung des Wasserlaufs durch eigene Tätigkeit des Grundbesitzers ist verboten; wird dem Verbote zuwider gehandelt, so ergibt sich daraus die Pflicht zur Wiederherstellung. Damit ist offensichtlich nur eine Pflicht zum Unterlassen begründet, und diese stellt sich den seruitutes in non faciendo gleichartig zur Seite. Wer nicht selbst gegen das Verbot

---

[1]) Buckhard-Glück 2, 80 ff.; 89 ff. — [2]) Mir scheint der negative Teil von Burckhards Beweisführung besser gelungen, als der positive. M. E. geht es 1) nicht an, den Satz *ne urbs ruinis deformetur* als seit ältester Zeit für die Gestaltung der Grundeigentumsverhältnisse massgebenden zu betrachten. Er ist erst in der Kaiserzeit aufgekommen (bezeichnend ist die Breitspurigkeit des SC. Hosidianum: Bruns p. 158), und seine praktische Verwendung stammt durchgängig aus der positiven kaiserlichen Gesetzgebung (vgl. l. Iul. Genet. 75, Bruns p. 115). Man pflegt ihn freilich als Princip den Regeln der XII T. über das tignum iunctum unterzuschieben, wie es schon die Institutionen tun (§ 29 de rer. diu. 2, 1). Aber ich denke, das verbietet die Zusammenstellung: *tignum iunctum aedibus uineaue,* die sicher überliefert ist (Pernice, Zschr. f. HR. 22, 417). Haben wir es demnach nicht mit einer öffentlichrechtlichen Norm zu tun, sondern nur mit dem Schutze des Eigentumes an einem bestimmten Grundstücke, dann ist es 2) nicht statthaft, die Ausbesserung öffentlicher Wege und die Tätigkeit des curator uiarum als Analogie zu benutzen: denn dort handelt es sich um ein munus publicum, hier um das polizeiliche Eingreifen eines kaiserlichen Vertrauensmannes. Die Widerlegung der Ansicht (Bethmann-Hollweg 1, 264; Karlowa, Legisact. S. 216 f., Wach zu Keller § 21, S. 105), dass die pignoris co. die Form der leg. a. wegen damnum inf. gewesen sei, scheint mir vollständig gelungen (S. 75 ff.): für mich ist das von Wichtigkeit, weil dadurch von einer anderen Seite her dieser leg. a. ihr publicistischer Charakter gewahrt wird.

verstossen, sondern nur eine verbotswidrige Anlage innehat, muss lediglich die Wiederherstellung dulden: dies *patientiam praestare* reiht sich den seruitutes in patiendo an. Eine Pflicht des Grundbesitzers zum Handeln wird sonach nur in den Fällen denkbar sein, wo der Abfluss des Tagewassers sich in natürlicher Weise verändert. Da ist es nun für das justinianische Recht zweifellos, dass auch hier lediglich auf Dulden der Wiederherstellung geklagt werden könne. Aber ich meine, man betrachtet die Quellen nicht unbefangen, wenn man diesen Satz als Dogma an die Spitze stellt und die bekannten sehr deutungsfähigen Aussprüche der Juristen unter seinem Einflusse auslegt. Dabei kommen vor allem die Klagen bei Reinigung von Abzugsgräben in Betracht und Wendungen, wie diese Labeos und Capitos: *ut aut ipse purgaret aut te pateretur; cogendum esse uicinum purgare; agi posse ut reficias* [1]). Mir will es scheinen, als habe im Beginne der Kaiserzeit ein Streit der Meinungen bestanden. Die Einen (Trebatius) wollten bei Aenderung des Wasserablaufes durch Naturereignisse immer nur einen Anspruch auf patientia gewähren [2]). Die Anderen dagegen unterschieden: wird der natürliche Lauf des Wassers durch natürliche Vorgänge geändert, dann wurde überhaupt jeder Anspruch versagt (Labeo); wenn dagegen künstliche Abzugsgräben verschlämmen oder versanden, dann durfte der Geschädigte die Reinigung sogar auf Kosten des Eigentümers fordern. In diesem letzten Falle scheute man sich also nicht, den Eigentümer zur positiven Tätigkeit zu verpflichten.

Das Institut der Grundbelastung gehört nach allen diesen Ausführungen dem öffentlichen Rechte an. Im Privatrechte wird es von der entwickelten Wissenschaft lediglich bei den Alimentenstiftungen und der Emphyteuse neu anerkannt: und beide sind aus dem Statsrechte übernommen. Dagegen erschien das Verhältnis der weniger durchgebildeten republikanischen Jurisprudenz noch nicht als übler Verstoss gegen die Grundsätze der juristischen Logik. Und die aus der älteren Zeit überkommenen Reallasten bei Superficies und

---

[1]) Fr. 2 § 1 § 4 § 7 de aq. pl. 39, 3; Burckhard-Glück 3, 322 ff. — [2]) Fr. 11 § 6 eod.

seruitus oneris ferendi vermag die Doktrin nicht wieder auszustossen; sie lässt sie deshalb unvermittelt weiter bestehen.

Immerhin wäre es hienach denkbar, dass in republikanischer Zeit durch *lex rei dicta* Reallasten aufgelegt werden konnten, so lange sie im Privatrechte zugelassen wurden[1]). Allein über die Begründung privatrechtlich normierter und anerkannter Verhältnisse hinaus reicht die Macht des Privatwillens nicht. Nur die Art der Begründung ist bei der lex dicta eine andere als sonst: dies und nur dies sagt die XII Tafelbestimmung *uti legassit ita ius esto.* In der Tat führt Alfen die Verpflichtung bei der seru. oneris ferendi ausdrücklich auf die lex aedium zurück. Andere Fälle aber sind uns nicht bekannt; der Fall der Servituten an Provinzialgrundstücken gehört gar nicht hierher[2]). Das spätere klassische Recht hat den Uebergang einer gerade durch lex dicta angeordneten Verpflichtung auf die Singularsuccessoren ganz unzweideutig verworfen[3]). Und auch bei Testamenten, die länger, als leges dictae unter Lebenden, wie leges priuatae behandelt wurden, finden wir keinen Hinweis auf die Möglichkeit einer letztwillig bestellten Reallast; freilich auch umgekehrt keine so bestimmte Verneinung wie man vielfach annimmt. Denn fr. 12 de ann. leg. 33, 1, das den Fall behandelt, ist nicht entscheidend[4]).

---

[1]) Darüber Jhering, Jb. f. Dogmatik 10, 551 ff.; Pernice, Labeo 1, 474 f. Für dingliche Rechte halte ich meine Ansicht im Ganzen aufrecht trotz Windscheids Bemerkungen (Pand. 1, § 212 A. 12) und ihrer schwächlichen Wiedergabe bei Freisen, Vorbehalt v. dingl. Rechten bei Eigentumsübertragung. 1881. — [2]) Denn unmöglich kann man sich für die rechtsbegründende Kraft der lex rei dicta auf den Gegensatz dazu, das pactum und die Stipulation berufen (Jhering S. 559 ff.). Deshalb habe ich dies Verhältnis früher ausser Acht gelassen. Der Gedanke, dass die Obligation auf den Singularsuccessor übergehe, ist an sich nicht 'anmutend'; denn er widerstreitet allem, was die klassischen Juristen sonst für zulässig halten. Und er widerspricht den Quellen: denn die Dinglichkeit des durch pactum et stipulatio eingeräumten Rechtes bezeugt Gaius 2, 31 mit undeutbarer Klarheit. Vgl. Burckhard-Glück 3, 322 ff. (S. 63 A. 3). — [3]) Scaevola fr. 81 § 1 de C. E. 18, 1. — [4]) Gaius Seius praedia diuersis pagis Maeuiae et Seiae legauit et ita cauit: *praestari autem uolo ex praediis Potitianis praediis Lutatianis annua harundinis millia trecena et salicis mundae annua librarum singula millia.* quaero an id legatum defuncta legataria exstinctum sit. Paulus respondit seruitutem iure constitutam non uideri neque

III.

Wertmarken.

Es liegt nahe sich nach Verhältnissen des öffentlichen Rechtes umzusehen, in welchen entsprechend der eben behandelten Verbindung obligatorischer Pflichten mit dinglichen Befugnissen Forderungsrechte sich mit dinglichen Rechten untrennbar verknüpfen. Man hat schon längst auf die *tesserae* und ihre Aehnlichkeit mit unseren Inhaberpapieren hingewiesen. Diese Vergleichung ist freilich aus mangelhafter Sachkunde hervorgegangen. Allein ebenso übereilt ist es, den tesserae alles juristisches Interesse abzusprechen [1]). Die Hauptsache ist, dass man die mehreren Arten dieser Marken auseinanderhält und erkennt, in wie verschiedenen Zusammenhang sie ihrem juristischen Wesen nach gehören. Die Aehnlichkeit mit den Erscheinungsformen unserer heutigen Wertpapiere wird dann doch hervortreten; es wird sich wieder zeigen, dass das öffentliche römische Recht in mancher Beziehung moderner gedacht ist, als das private. Hiebei kann es auch nicht in Betracht kommen, dass einige von diesen Marken schwerlich je zu Rechtsstreitigkeiten Anlass gegeben haben; denn damit ist der besondere Rechtsgedanke, der darin steckt, doch nicht aus der Welt geschafft. Den Philologen sage ich mit dem Folgenden lediglich Bekanntes.

I. Die Genossenschaftsmarken [2]). Die bekanntesten und wichtigsten Marken dieser Art sind

1. die *tesserae frumentariae*. Sie werden vom State entgeltlich oder schenkweise monatlich ausgegeben. Zum Ge-

---

in personam neque in rem; sed fideicommissi petitionem competisse ei, cui praedia Lutatiana legata sunt, et ideo, cum annua legata fuerint, mortua legataria, finitum legatum uideri. Der Grund weshalb hier Paulus keinen Niessbrauch entstehen lässt, ist klar: die Früchte der Grundstücke sind nur teilweise vermacht (fr. 41 de usufr. leg. 33, 2 und (davon abgeschrieben) Ulpian fr. 20 de usufr. 7, 1; fr. 43 de eu. 21, 2 widerspricht natürlich nicht); dagegen ist es keineswegs ebenso sicher, dass die Bestellung einer Prädialservitut verworfen werde, weil in der Gewährung des Schilfes und der Weiden eine positive Leistung enthalten sei (Böcking, Pand. 2, 204 A. 14). Der Grund könnte auch darin zu suchen sein, dass die Grundstücke, die in verschiedenen Gemarkungen liegen, einander nicht benachbart sind (Cuiaz, obs. 24, 22).

[1]) Kuntze, Inhaberpapiere S. 40 ff. — [2]) Vgl. Brunner, d. Werthpapiere S. 11 ff. des Sonderabzuges.

treideempfange sind nur römische Bürger und Tribulen berechtigt; ihre Namen werden in Listen eingetragen und diese öffentlich ausgestellt *(inciduntur)*. Die Marke selbst aber lautet nicht auf den Namen, sondern sie bezeichnet nur den Monatstag, den Ort und das Mass für das zu gewährende Korn. Danach ist es nicht zweifelhaft, dass von einer eigentlichen Veräusserung der Marken wie bei unseren Inhaberpapieren, d. h. von einer Uebertragung des Forderungsrechtes mit dem Wertzeichen, nicht die Rede sein kann. Denn nur der in die Liste Eingetragene ist empfangsberechtigt. Andererseits ist es ebenso selbstverständlich, dass die Ausübung der Befugnis sehr wol abgetreten werden kann. Die Marke muss sicher immer mit zur Stelle gebracht werden[1]. Aber eine Prüfung der Legitimation lässt sich erklärlicherweise nicht durchführen, schon deshalb nicht, weil man dem Bürger unmöglich zumuten kann, stets persönlich an der Kornscheune sich einzufinden. So war es denn denkbar, dass der *incisus* seine Marke für einen Monat einem anderen, an sich nicht Berechtigten überlässt. Dieser erhält dann aber das Getreide rechtlich als procurator in rem suam, für den Tribulen und an seiner Statt. Darauf bezieht sich wol Juvenals Aeusserung über die Getreidemarke, die für geringes Geld käuflich sei[2]. Noch schärfer tritt dies Verhältnis hervor, wenn man festhält, dass der Getreideempfänger notwendig einer Tribus angehören muss, und dass die Verzeichnisse der *incisi* nach Tribus geordnet waren[3]. Daher ist die Aufnahme in die Genossenschaft Voraussetzung des Bezugsrechtes; daher ist erklärlich, dass die tessera als Eintrittsschein nur éinmal verliehen wird[4]. Erst später gestaltet sich das Verhältnis so, dass alle Tribusgenossen ohne weiteres Anspruch auf Getreide haben, d. h. dass die Tribus überhaupt

---

[1]) Vgl. dazu die freilich sehr viel spätere Aeusserung bei Themistius orat. 23, p. 292a: *ἀλλὰ καὶ οἱ νευρορράφοι καὶ οἱ βαλανεῖς καὶ οἱ σκυτοτόμοι καὶ πάντες, ὅσοι καλαμηφοροῦσιν ὄρθριοι ἐπὶ τὰς ἐρκάνας* mit den Erläuterungen von Salmasius zu V. Aureliani 35. — [2]) Juvenal 7, 174 sq.: summula ne pereat qua uilis tessera uenit frumenti. — [3]) Persius 5, 73 sq.: libertate opus est: non hac ut, *quisque Velina Publius emeruit*, scabiosum tesserula far possidet. Vgl. Mommsen, Tribus S. 194 f. — [4]) Hirschfeld, Philologus 29, S. 16; Marquardt, Stvw. 2, 12 f.

nur noch aus Getreideempfängern besteht. Hiedurch wird die tessera geradezu ein Anteilsschein, ein Erkennungszeichen für den empfangsberechtigten Tribulen. Damit erklärt es sich 1., dass jetzt, bereits in der zweiten Hälfte des 2. Jhs., *tesseram emere* und *tribum emere* oder *comparare* gleichbedeutend verwendet werden[1]. Es erklärt sich ferner 2., wie man überhaupt dazu kam die tessera kaufen zu müssen. Sie wird nicht vom State erworben — dafür sieht man keine Möglichkeit[2] —, sondern von einem Tribulen, der um ein Geldkapital zu haben, lieber auf das monatliche Getreide verzichtet. Natürlich muss sich der Erwerber auf Grund der tessera eintragen lassen und demnach in seiner Person alle Erfordernisse der professio erfüllen. So wird es verständlich, weshalb gerade Freigelassene so oft die Marke kaufen. Die Sitte liess erst die Söhne der Libertinen zu den Tribus zu[3]; rechtlich ausgeschlossen sind sie aber als römische Bürger natürlich nicht. Wenn sie daher durch die eingereichte tessera beweisen, dass sie niemandem einen Platz fortnehmen, so erfolgt ihre Eintragung an Stelle des bisherigen Inhabers. Aber auch die tessera eines Verstorbenen kann verkauft werden. Eine Vererbung des Tribusplatzes findet begreiflicherweise nicht statt: öffentliche Rechte gehen nicht auf den Erben als solchen über. Aber der nächste Verwante, der gleichfalls Tribusgenosse ist, kann sich melden *(profiteri)* und an Stelle des gelöschten Erblassers *(erasus)*[4] seinen Namen setzen lassen. So ist es möglich von einer „hinterlassenen" tessera zu sprechen[5]. Ebenso gut ist es aber statthaft, dass der Erbe die tessera begibt, weil er selbst nicht eintreten will oder darf. Nach allem dem ist leicht einzusehen, dass ein solcher Schein einen gewissen Kurs haben muste; man konnte ihn leicht zu Geld anschlagen: trotzdem war er nicht immer auf dem Markte zu haben. Alles das muste dazu führen, die tessera als ein Wertzeichen zu betrachten, und die juristischen Schlüsse daraus zu ziehen[6].

---

[1]) Fr. 35 pr. de leg. 3. — [2]) Mommsen, Tribus S. 198. — [3]) Orelli-Henzen 3105. 6423—5 und dazu Henzen und Mommsen. — [4]) Plinius paneg. 25. — [5]) Orelli-Henzen 6662: hic iaceo, reliqui tribum ingenuam, frumentum publicum et aenatorum (?). — [6]) Fr. 49 § 1 de leg. 2; fr. 35 pr. de leg. 3; fr. 87 pr. de leg. 2 (dazu Pernice, Zschr. f. HR. 21, 326).

2. Von einer Analogie der tesserae frumentariae mit den Inhaberpapieren darf man hienach in keiner Weise reden. Dagegen drängt sich eine andere Verwantschaft förmlich auf. *Tribus* und *decuriae* werden häufig zusammen genannt und gleich behandelt [1]). Die Decurien sind Innungen von Unterbeamten (apparitores), namentlich von scribae und lictores. Naturgemäss gibt es in ihnen nur eine bestimmte Anzahl von Stellen [2]). Diese sind bereits in republikanischer Zeit käuflich [3]), und werden von Hadrian mit anderen Befugnissen zusammen unbefangen zum Vermögen gerechnet [4]). Juristisch angesehen ist der Kauf der Decurie *(decuriam emere)* die Art der Aufnahme in den Innungsverband; der Käufer ist nunmehr Korporationsmitglied und heisst apparitor, scriba u. s. w. Darum wird denn auch abwechselnd dafür *scriptum (quaestorium) emere* gebraucht [5]). Die alten Innungsmitglieder vollzogen hier offenbar keine Wahl, sondern mindestens nach späterem Rechte geschah der Eintritt sofort und ohne weiteres mit dem Kaufe; anscheinend muste der neu Eintretende nur den Diensteid leisten, und darauf wird er in die öffentliche Liste der Subalternen eingetragen [6]). Der Grund dafür liegt darin, dass eigentlich der Beamte sich das officium selber auswählte [7]). Dieser aber pflegte einen geeigneten Mann nicht

---

[1]) Tacitus ann. 13, 27: hinc (von den Freigelassenen) plerumque tribus decurias . . . conscriptas; Sueton Aug. 57: ueterani, decuriae, tribus atque etiam singillatim e cetero genere hominum; Tertullian apol. 37: uestra omnia impleuimus ... tribus decurias; 39 p. 111 R.: tot tribubus (et curiis) et decuriis ructantibus (beim Zweckessen); Vat. 272 (?). — [2]) Mommsen, Staatsrecht 1, 325 ff. — [3]) Cicero Verr. 3, 79. 184; Schol. Juven. 5, 3; Petron 51 extr. — [4]) Hadriani sent. et ep. 9 p. 10 Böcking: *διὰ βιβλιδίου λέγοντός τινος πατέρα ἴδιον ἀποπεψισκῶσθαι καὶ αὐτῷ διχουρίαν ἀφῃρῆσθαι ἥντινα ἀπήτει* (?), *καὶ εἴ τινα ἄλλα (ἐ)γεγόνεισαν δίκαια.* — [5]) Sueton V. Horatii (p. 297 Roth): scriptum quaestorium comparauit; Schol. Juv. 5, 3: scriptum censorium (scr. quaestorium) uendere. — [6]) L. Genet. 81 (p. 116 Br.): antequam tabulas publicas scribat tractetue, in contione palam luci nundinis in forum iusiurandum adigito u. s. w. uti quisque *scriba* ita iurauerit, in tabulas publicas referatur facito. — [7]) Cicero p. Cluentio 126; L. de XX quaest. 2, 7 (Bruns p. 84); Livius 40, 29. 10. Wir wissen nicht, wie sich der neue Decuriale dem Beamten gegenüber legitimierte, um anerkannt zu werden. Vielleicht stellte ihn der Verkäufer einfach persönlich vor. Vielleicht händigte er ihm irgend ein Erkennungszeichen ein, z. B. sein Rutenbündel.

zurückzuweisen; höchst wahrscheinlich durfte er es nicht einmal[1]). Das Verfahren für die Ergänzung oder Neuaufnahme ist bei den Tribus und den Decurien offensichtlich ein vollkommen gleichartiges.

3. Auf Grund dieser Voraussetzungen lässt sich noch ein Schritt weiter tun: mir scheinen sich damit auch die für die *tesserae theatrales* geltenden Rechtssätze zu erklären. Auch der Platz im Theater ist ein Bürgerrecht. Als Senator, als Ritter hat der römische Bürger die Befugnis auf bestimmten Bänken mitzusitzen[2]). Ganz in derselben Weise aber auch der gewöhnliche Plebeier[3]). Diesem wird der Platz durch eine Marke zugewiesen, welche die Abteilung des Zuschauerraumes *(cuneus)* genau bezeichnet. Es ist kein Zweifel, dass auch hier das Volk nach den Tribus geordnet war[4]). Die tessera ist demnach das Erkennungszeichen, vermöge dessen der Bürger sein Recht ausüben kann unter seinen Tribusgenossen den Theaterspielen beizuwohnen; sie dient ihm so wie der latus clauus dem Senator und der goldene Ring dem Ritter. Dem entsprechend wird er denn auch an seinem Platze geschützt mit der a. iniuriarum[5]); denn die Verdrängung vom Platze ist

---

[1]) L. de XX quaest. 2, 25 (Bruns p. 84): item eis uiatoribus — uicarium dare subdere ius esto licetoque —; item quaestor[es] ab eis uicarios accipiunto, *utei* aa cetereis uiatoribus praeconibus *uicarios accipei oportebit.* Dabei ist nicht ein Stellvertreter im juristischen Sinne gemeint, sondern *uicarius* bedeutet recht eigentlich den Ersatzmann eines Zurücktretenden, den Rechtsnachfolger: Cicero p. Mur. 80; Verr. 4, 81; p. Sulla 26; Phil. 12, 3; Horat. Carm. 3, 24. 16. Der alte Apparitor scheidet also aus der Decurie aus. — [2]) Am schärfsten Seneca de benef. 7, 12. 3: equestria omnium ciuium Romanorum sunt. in illis tamen locus meus fit proprius, quem occupaui. hoc si cui cessi, quamuis illi communi re cesserim, tamen aliquid dedisse uideor. quaedam quorumdam sub certa condicione sunt; habeo in equestribus locum non ut uendam, non ut locem, non ut habitem, in hoc tantum ut spectem et q. s. Vgl. Labeo 1, 270 ff. — [3]) Vgl. Arrian dissert. Epict. 2, 4. 9: *ἄγε, τὸ θέατρον οὐκ ἔστι κοινὸν τῶν θεατῶν; ὅταν οὖν καθίσωσιν, ἐλθὼν, ἄν σοι φανῇ, ἔκβαλέ τινα αὐτῶν — οὕτω καὶ αἱ γυναῖκες· ὅταν δ᾽ ὁ νομοθέτης, ὡς ἑστιάτωρ, διέλῃ αὐτὰς, οὐ θέλεις καὶ αὐτὸς ἴδιον μέρος ζητεῖν, ἀλλὰ τὸ ἀλλότριον ὑφαρπάζεις καὶ λιχνέυεις;* — [4]) Orelli 3065: tribus XXXV. quod liberalitate optimi principis commoda earum etiam locorum adiectione ampliata sunt; vgl. Plinius paneg. 51; Mommsen, Tribus S. 206. — [5]) Fr. 2 § 9 neq. in l. publ. 43, 8; fr. 13 § 7 de iniur. 47, 10; Labeo 1, 272.

eine Antastung seiner Bürgerehre. Danach steht es hier ganz, wie bei den frumentationes: panis und circenses werden auch juristisch übereinstimmend beurteilt.

Es ist sehr fraglich, ob eine ähnliche Art des Eintrittes durch Stellenkauf auch bei einzelnen mehr privaten Genossenschaften vorkomme. Sehr wahrscheinlich ist es von vornherein nicht. Denn es ist klar, dass jene öffentlichen Verbände der Tribus und Decurien in sich keine feste Geschlossenheit, dass wenigstens in der Zeit, um die es sich hier handelt, sie kein Gefühl der Zusammengehörigkeit mehr haben. Das ist bei den gewillkürten Collegien anders; hier wird die „Fraternität“ gepflegt[1]). Der Eintritt eines Fremden ohne Mitwirkung der collegiati wäre daher verwunderlich. Man könnte an die *collegia funeraticia* und an die *societates publicanorum* denken, indem man sie mit unseren Sterbekassen und Aktiengesellschaften vergliche.

1. Für die Begräbnisgilden kommt die vielbesprochene Bestimmung des Statuts des coll. Aescul. et Hygiae Z. 5 (Bruns p. 249) in Frage: item collegio s. s. dedit donauitque HS. L. m. n. hominibus n. LX sub hac condicione: ut ne plures *adlegantur*, quam numerus s. s., et ut *in locum defunctorum loca ueniant*, et liberi adlegantur, uel si quis locum suum legare uolet, filio uel fratri uel liberto dumtaxat, ut inferat arkae n(ostrae) partem dimidiam funeratici. Ich vermag die dunkle Stelle auch nur so zu verstehen: die Anzahl der Mitglieder soll immer 60 bleiben; daher sollen die Plätze der Verstorbenen in der Regel an Freie verkauft werden *(ueniant* für *ueneant)*[2]). Damit ist aber nicht gesagt, dass jeder, der den Preis zahlt, sofort eintritt. Der Verkauf findet vielmehr seitens der Korporation statt, und diese nimmt den sich Meldenden auf. Der zweimal wiederkehrende Ausdruck *adlegare* macht das offenkundig; er ist mit Bewustsein gewählt: denn *adlectio* ist technisch die Aufnahme in den Stadtrat durch förmlichen Beschluss, durch Cooptation[3]). Bei anderen Begräbnisvereinen wird ein Eintrittsgeld entrichtet[4]): das wäre ganz undenkbar,

[1]) Cicero p. Sulla 7 (mit Halms Anmerkung); Q. Cicero de pet. cons. 5, 16. — [2]) Cohn, Vereinsrecht S. 197 denkt an Verkauf der Grabstelle. — [3]) Marquardt, Stvw. 1, 190 f. — [4]) Coll. fun. Lanuu. Z. 20 (Bruns p. 247): [Placu]it uniuersis ut quisquis in hoc collegium



wenn die Stellen durch Verkauf sofort übergiengen. Und in der Tat entspricht die Cooptation der Verfassung dieser Gilden am meisten. Sie halten in sich fest zusammen und stärken ihr Vereinsleben durch gemeinsame Gottesverehrung und häufige Zusammenkünfte; die Genossen nennen sich *fratres* [1]). Sonach hat man es als Vergünstigung anzusehen, wenn einem Genossen gestattet wird, seinen nächsten Verwanten letztwillig als Nachfolger zu bezeichnen. Die Erblasserin, welche dem Collegium 50 000 Sesterzen zuwendet, hat nach dieser Richtung die Wahlfreiheit der Gilde beschränkt: diese muss den Erben gegen ein Eintrittsgeld aufnehmen [2]).

2. Ebenso wenig wurde bei den Statspächtervereinen der Eintritt neuer Mitglieder einfach durch Ankauf und Umschreiben von Anteilsscheinen *(partium adscriptio)* bewirkt. Die *societas publicanorum* halte ich nach wie vor für eine juristische Person [3]). Darum erscheint sie unabhängig vom Wechsel ihrer

---

intrare uoluerit, dabit *kapitulari nomine* HS. C. n. et uini boni amphoram. Die hervorgehobenen Worte können sprachlich und sachlich nicht „gemäss dem Eingange, nach dem Prospekte" bedeuten (Cohn S. 146 A.). *Capitulare* ist Adjectiv und dazu tributum, uectigal zu ergänzen; also Kopfgeld (vgl. Gothofred zu c. 3 C. Th. 6, 35 p. 235 R.; vgl. dazu l. met. Vip. 12 (Bruns p. 142) capitularium in singula capita . . . dare debeto). Und von jener Anzahlung ist im kaput ex SC. gar nicht die Rede, sondern nur von der stips menstrua.

[1]) Orelli 1485; Friedländer, Sittengeschichte 1, 273 f. — [2]) Huschke, Zschr. f. g. RW. 12, 185 f. — [3]) In dem Sinne, wie ich Labeo 1, 295 ff. entwickelt habe. Ich bekenne, dass mich die Ausführungen von Cohn, Vereinsrecht S. 155 ff. in keinem Punkte überzeugt haben. 1) Dass die socc. uectigalium mit den anderen Societäten zusammengestellt werden und dass die Anteile hier wie dort *partes* heissen (S. 156), ist richtig. Aber die Zusammenstellung geschieht regelmässig, um die Gegensätze hervorzuheben, und die partes, welche gleich heissen, werden verschieden behandelt. 2) Nicht jede Societät „in Bezug auf ein Vectigal" ist eine Publicanengesellschaft; sicher nicht die *soc. uectigalium causa coita* in fr. 65 § 15 p. soc. zwischen zwei einzelnen Personen. Daher die theoretische Zulassung der Teilungsklage. Worauf der Vertrag sich hier bezieht? vielleicht auf Verhältnisse wie sie Salkowski (jurist. Personen S. 39 ff.) vermutet. 3) Die Unterscheidung der republikanischen und kaiserlichen Gesellschaften in ihrer juristischen Gestaltung scheint mir ganz willkürlich (S. 167 ff.). Die Beseitigung der decumani braucht natürlich keinen Einfluss auf die Rechtsstellung der anderen gehabt zu haben. Und Tacitus (ann. 13, 50) spricht von den

Mitglieder: ein socius kann seinen Anteil verkaufen, weggeben, vererben [1]), und der Erwerber an seine Stelle einrücken. Die Art und Weise, wie dieser Wechsel sich vollzieht, ist die *partium adscriptio*, d. h. die Umschreibung des Anteils auf den Namen des Eintretenden in den Gesellschaftsbüchern. Ist

---

Vereinen seiner Zeit, als seien sie den voraugustischen gleichartig. 4) In fr. 31 § 1 de furt. 47, 2, fr. 3 § 4 de b. p. 37, 1, fr. 22 de fideiuss. 46, 1 werden die societates mit zweifellosen Korporationen (decuriae, municipia) juristisch gleichgestellt. Hier soll aber *societas* „ungefähr dasselbe" wie uniuersitas oder corpus bedeuten (de natura soc. iur. Rom. p. 30 sq.). Dass die Wörterbücher „diese Bedeutung vernachlässigen" ist begreiflich; denn societas ohne Zusatz für eine handelnde oder leidende Gemeinschaft gebraucht geht, ich meine sagen zu können: immer auf die Publicanen (vgl. Gronov zu Tac. ann. 13, 51): Cicero p. Mur. 69: quid? si omnes societates uenerunt, quarum ex numero multi sedent iudices? p. Planc. 32: (Cn. Plancius, eques Romanus) maximarum societatum auctor, plurimarum magister; de domo 142: omnes societates, omnes ordines; Caesar de b. c. 3, 3. 2: magnam (pecuniam) societates earum prouinciarum, quas ipse obtinebat, sibi numerare coegerat; Livius 25, 1, 4: et ante publicanus malis artibus et reipublicae et societatibus infidus damnosusque; CIL. I, 1462; vgl. Cicero Brut. 22, 85; ep. 13, 9. 2. Und die Zusammenstellung der Publicanenvereine mit anderen Korporationen findet sich genau ebenso in republikanischer Zeit. Varro de l. L. 8, 83: in quo ut societatum et fanorum serui, non seruarunt proportione rationem (?); Cicero p. Sest. 5; in Vat. 8: cunctarum societatum, collegiorum omnium decreta. 5) Wenn statt societas als Rechtssubjekt mitunter socii genannt werden (fr. 3 § 1 de publ. 39, 4; socii uicesimae libertatis (?): Orelli 3338 sq.; CIL. 2, 5064; Cicero Verr. 2, 76. 188: tabulae sociorum), so entspricht das ganz dem coloni, municipes für die Gemeinde (de nat. soc. p. 30). 6) Hienach ist es gekünstelt, in fr. 1 quod cuiusc. 3, 4 die societates, *quibus corpus habere permissum est* nur auf Bergbauvereine und Pfännerschaften zu zu beziehen (Vereinsrecht S. 159 ff.). Sprachlich scheint mir der dem Gaius zugemutete Ausdruck *socii uectigalium publicorum aurifodinarum* schlechthin unmöglich (dabei sehe ich ganz davon ab, dass es wahrscheinlich Pächter von Bergwerkseinkünften in der Kaiserzeit gar nicht gegeben hat: Hirschfeld, Verwaltung I, 78 f.). Sachlich wäre es ganz wunderlich bloss den Gewerkschaften, nicht den Zollpächtervereinen Korporationsrechte zu verleihen. Niemand aber kann im Zusammenhange hier an Privatbergwerke und Salinen denken. 7) Die im Texte besprochenen Verhältnisse beim Tode des Erblassers sind andere als bei der Privatsocietät. Dies zu läugnen (Cohn S. 171 f.) auf Grund von fr. 65 § 9 p. soc. geht doch nicht an.

[1]) Cicero p. Rab. Post. 4.

diese geschehen, so scheint mir notwendig der Veräusserer damit aller seiner Verbindlichkeiten entlassen; der Nachfolger übernimmt sie wie die Rechte [1]). Allein die Umschreibung erfolgt lediglich auf Grund eines Gesellschaftsbeschlusses, wodurch der neue Genosse förmlich aufgenommen wird *(adscitio)*. Das lehren fr. 59 pr. und fr. 63 § 8 p. soc. 17, 2, meine ich, unzweideutig: der Erbe des verstorbenen Mitgliedes ist befugt den Gewinnanteil seines Erblassers zu fordern *(emolumenti successor est)* — das gilt ebenso bei der gewöhnlichen Gesellschaft [2]); dafür zieht man ihn auch zu den Gesellschaftslasten heran. Aber Socius ist er nicht. Offenbar ist das ein Verhältnis, was nicht dauern kann: es endigt mit der Aufnahme des Erben in den Verein — *quod ipsum ex causa aestimandum erit* — oder mit seiner Abfindung. Von der letzteren ist in den Quellen nicht die Rede: ich meine, sie versteht sich von selber. Sonach wird man ein gleiches Verfahren auch beim Singularsuccessor annehmen müssen: will die Gesellschaft den Erwerber des Anteils nicht zulassen, so muss sie ihm eben seinen Schein zum Kurse abkaufen [3]).

So glaube ich, dass die Aufnahme durch Stellenkauf auf einige öffentlichrechtliche Korporationen beschränkt geblieben ist, bei welchen der genossenschaftliche Charakter des Vereines ganz in den Hintergrund getreten war.

II. Völlig anderer Art sind die tesserae (*σφαιρία*, *σύμβολα*), welche bei festlichen Gelegenheiten unter das Volk ausgeworfen zu werden pflegen. Auch hier haben wir es mit einer Einrichtung des öffentlichen Rechtes zu tun [4]). Die Spiele mit allem was dran und drum hängt werden von Statswegen durch den Kaiser oder andere Beamte veranstaltet: der Massstab des Privatrechts brauchte hier demnach nicht angelegt zu werden. So wäre es möglich, sich den Vorgang als Vertrag mit einer unbestimmten Person vorzustellen. Und für uns ist diese Auffassung, wie mir scheint, unumgänglich. Dagegen ist kein genügender Anhalt dafür vorhanden, dass

---

[1]) Darüber scheint Salkowski S. 40 a. M. — [2]) Vgl. Pernice, Zschr. f. RG. N. F. 3, 96 f. — [3]) Bezieht sich darauf vielleicht die oft besprochene Stelle bei Cicero in Vat. 29: eripuerisne partis illo tempore carissimas partim a Caesare partim a publicanis? — [4]) Horaz Sat. 2, 3. 182 sqq.; Persius 5, 177 mit den Scholien.

die römischen Juristen die Sache ebenso ansahen und sich ihre Besonderheit zum Bewustsein brachten.

1. Beim Auswerfen körperlicher Sachen, dem sg. *iactus missilium,* spricht man gewöhnlich von einer traditio in incertam personam. Diese würde nicht notwendig eine Abweichung von den Grundsätzen des römischen Privatrechts in sich schliessen. Denn die Tradition ist nach der Vorstellung der römischen Juristen keineswegs ein dinglicher Vertrag [1]). Sie kennen den Vertrag nur auf dem Gebiete des Obligationenrechts; hier allein sprechen sie von *in idem placitum (et) consensus;* hier allein legen sie Gewicht auf Willen und Willenserklärung beider Teile. Die Tradition dagegen erscheint ihnen vor allem als Besitzüberlassung, der Wille des Tradenten als der massgebende und bestimmende.

Allein das richtige ist m. E., dass die Juristen den iactus m. überhaupt gar nicht als Tradition construierten, sondern als Dereliktion [2]). Es wird wiederholt betont, dass das Eigentum an der derelinquierten Sache sofort (statim) auf den Occupanten übergehe, so an leitender Stelle von Ulpian fr. 1 pr. p. derel. 41, 7 [3]). Das Fragment ist aus dem XII. Buche zum Edikte, wo die restitutio propter absentiam und die formula rescissoria behandelt werden [4]). Der Zusammenhang ist offenbar: bei Occupation derelinquierter Sachen eines Abwesenden ist die Restitution unzulässig, weil die Formel *si res usucapta non esset* nicht zutrifft. Der Grund der ausdrücklichen Hervorhebung des anscheinend selbstverständlichen Satzes liegt in dem Schulstreite über die Wirkung der Dereliktion. Die Sabinianer lassen das Eigentum sofort verloren gehen, die Proculianer erst mit der Occupation der Sache durch einen dritten [5]). Dabei spielte gewis das Willensmoment mit: der Derelinquent beruhigt sich bei der Besitzergreifung des dritten; jetzt erst zeigt sich, dass es ihm Ernst war, als er die Sache im Stiche liess, oder auch: jetzt erst kann er seinen Willen nicht

---

[1]) Pernice, Zschr. f. Handelsrecht 25, 33 f. und die dort Angeführten. — [2]) So schon Scheurl, Beiträge 1, 206 f. — [3]) Fr. 5 § 1 p. derel. 41, 7; § 47 de rer. diu. 2, 1. — [4]) § 5 de act. 4, 6; fr. 28 § 4 sq. ex quib. caus. 4, 6; Lenel, Edict S. 96 ff. — [5]) Fr. 2 § 1 p. derel. 41, 7; fr. 43 § 5 de furt. 47, 2; Javolen fr. 36 de stip. seru. 45, 3; Julian fr. 38 § 1 de nox. 9, 4.

mehr beliebig ändern und die Sache, die sich in fremdem Gewahrsame befindet, wieder an sich nehmen. Pomponius fr. 5 § 1 p. derel. 41, 7 erläutert mit dem Beispiele des iactus m. lediglich den sofortigen Eigentumserwerb bei der Dereliktion. Dort will der Auswerfende, dass einer vom Publikum, also aus einem immerhin beschränkten Kreise, das Eigentum mit dem Aufraffen der Sache erwerbe; hier hat er beim Wegwerfen der Sache eine ganz gleiche Absicht; nur steht er der gesamten unbekannten Menschheit gegenüber. Es soll in den animus derelinquendi hineingedeutet werden der an. rem transferendi in alium [1]. Ganz ebenso angelegt ist die Ausführung des Gaius im fr. 9 § 7 de ARD. 41, 1. Er spricht nicht von der Tradition, wie man meist annimmt. Der § 5 beginnt: *interdum et sine traditione nuda uoluntas domini sufficit ad rem transferendam*, d. h. ohne Besitzübertragung von Hand zu Hand kann auch durch blossen Willen des Eigentümers die Sache übergehen. So kann sich, sagt § 7, diese nuda uoluntas auf eine unbestimmte Person beziehen: beim iactus missilium. Die Compilatoren haben dieser Ausführung die Spitze abgebrochen: sie haben die Worte weggeschnitten, welche den ausgesprochenen Gedanken für die Dereliktionslehre verwerteten. Sie finden sich in § 47 de rer. diu. 2, 1:

> qua ratione uerius esse uidetur, et si rem pro derelicto a domino habitam occupauerit quis, *statim* eum dominum effici.

Die vollkommene Uebereinstimmung mit Pomponius liegt m. E. zu Tage [2]. Die Auffassung bestätigt eine zweite Entscheidung

---

[1] Das *aues emittere* des Pomponius ist natürlich im Zusammenhange nicht beliebiges Fliegenlassen von Vögeln, sondern eine Art der Largition. Josephus Antiq. 19, 1. 13: *πολλῆς δὲ ὀπώρας ἐπιχεομένης τοῖς θεωροῖς καὶ πολλῶν ὀρνέων, ὁπόσα τῷ σπανίῳ τίμια τοῖς κτωμένοις*, also Fasanen und so etwas; Statius silu. 1, 6. 75: inter quae subito cadunt uolatu Immensae uolucrum per astra nubes, Quas Nilus sacer horridusque Phasis, Quas udo Numidae legunt sub austro. Desunt qui rapiant, sinusque pleni Gaudent, dum noua lucra comparantur. — [2] Man wird natürlich einwenden, der Satz sei nicht von Gaius, sondern anderswoher. Aber 1) wo sollten die Compilatoren wol einen so vortrefflich in Ton und Zusammenhang passenden Satz her haben? Und wie fügt sich 2) § 8 besser an, wenn vorher von Dereliktion die Rede gewesen ist: alia causa est earum rerum quae nauis leuandae causa iaciuntur?

des Pomponius in fr. 8 § 3 de C. E. 18, 1. Das Aufraffen der Missilien wird mit Fisch- und Vogelfang auf dieselbe Stufe gestellt; es erscheint demnach als einseitiger Akt, als Ergreifung des Besitzes an einer herrenlosen Sache[1]).

2. Der andere Fall der Largition, wo statt der körperlichen Gegenstände tesserae ausgeworfen werden, ist in unseren Rechtsbüchern nicht behandelt. Juristisch muss man eine solche Marke als Anweisung auf den Inhaber betrachten, d. h. durch die Marke und nur durch sie legitimiert sich der Forderungsberechtige gegenüber dem Dispensator, der mit der Verteilung der Geschenke betraut ist[2]). Darin liegt unzweifelhaft ein Versprechen an eine zur Zeit der Abgabe noch unbekannte Person; die Auskunft, das Rechtsgeschäft aus Dereliktion und Occupation zusammengesetzt zu denken, ist hier begreiflich ausgeschlossen. Dass die Uebertragung der in der tessera verbrieften Forderung durch dingliche Rechtsgeschäfte vermittelt wurde, lässt sich mit Sicherheit vermuten. Aber höchst wahrscheinlich hatten die Juristen beim Mangel streitiger Fälle keinen Anlass, sich eingehender mit diesen Fragen zu beschäftigen. Jedesfalls erfahren wir nicht, wie sie sich mit den Abweichungen von dem Regelmässigen zurechtfanden und wie sie die rechtlichen Folgen gestalteten. Dagegen lässt sich mit einiger Bestimmtheit behaupten, dass der gemeinen Anschauung die Besonderheit des Verhältnisses nicht zum Bewustsein kam; sie verselbigte geradezu die tessera mit den darauf verheissenen Gegenständen und behandelte den Fall als gewöhnlichen iactus missilium. Das geht deutlich aus

---

Die Entgegensetzung des iactus nauis und der Dereliktion ist ganz ständig (fr. 2 § 8 ad l. Rhod. 14, 2); zur Tradition passt sie gar nicht.

[1]) Wie es bei gefangenen Fischen zu einer Entwehrung kommen soll, ist nicht einzusehen. Pomponius spricht denn auch nur von Eviktion der angekauften Missilien. Hier aber kann der Anspruch wol nur von einem früheren Occupanten ausgehen, dem die Sache vom Verkäufer weggerissen ist. Wie es bei solchem Gedränge zugieng, schildert Seneca ep. 9, 37 sq. sehr anschaulich. — [2]) Dio Cassius 66, 25 extr. (vom Titus): *σφαιρία γὰρ ξύλινα μικρὰ ἄνωθεν ἐς τὸ θέατρον ἐρρίπτει, σύμβολον ἔχοντα τὸ μὲν ἐδωδίμου τινὸς, τὸ δὲ ἐσθῆτος, τὸ δὲ ἀργυροῦ σκεύους, ἄλλο χρυσοῦ ἵππων ὑποζυγίων βοσκημάτων ἀνδραπόδων, ἃ ἁρπάσαντάς τινας ἔδει πρὸς τοὺς δοτῆρας αὐτῶν ἀπενεγκεῖν καὶ λαβεῖν τὸ ἐπιγεγραμμένον.*

zwei Tatsachen hervor. Einmal wird berichtet, Elagabal habe von einem „sehr grossen und hohen“ Turme herab nicht nur Becher und Kleider, sondern auch zahme und wilde Tiere unter das Volk ausgeworfen[1]); natürlich können das nur die tesserae darüber gewesen sein. Dann wird von der Largition Neros zweimal berichtet: der eine Schriftsteller spricht offenbar genauer von den Marken, die unter der Menge ausgestreut seien[2]); der andere Berichterstatter sagt nur: *sparsa populo missilia*[3]). Diese Ausgleichung ist erklärlich. Die Vorstellung des gewöhnlichen Lebens war allem nach, dass die Marke die Sache verleiht, also eine naive Personifikationstheorie[4]).

IV.
Leges contractus.

Was ich durch die bisherigen Ausführungen dartun wollte, glaube ich erwiesen zu haben: das öffentliche Recht kennt eine Reihe von Rechtsverhältnissen, welche mit den Sätzen des entwickelten Privatrechts sich nicht vereinbaren lassen. Diese Verhältnisse werden zum Teile allerdings durch Verträge begründet, die Beamte namens des States mit Privaten abschliessen; sie beruhen aber ebenso auch auf Gesetz und Gewohnheit. Die Reihe der besprochenen Beispiele liesse sich leicht verlängern, nicht gleich leicht vervollständigen. So könnte m. E. die Lehre an der Stellvertretung, namentlich

---

[1]) Herodian 5, 6. 9: *πύργους τε μεγίστους καὶ ὑψηλοτάτους κατασκευάσας, ἀνιὼν τε ἐπ' αὐτοὺς, ἐρρίπτει τοῖς ὄχλοις, ἁρπάζειν πᾶσιν ἐπιτρέπων, ἐκπώματά τε χρυσᾶ καὶ ἀργυρᾶ καὶ ἐσθῆτάς τε καὶ ὀθόνας παντοδαπὰς, ζῷά τε πάντα, ὅσα ἥμερα ὅσα ἀτίθασα, πλὴν χοίρων.* — [2]) Dio Cassius 61, 18: *πάντα μὲν γὰρ τὰ πολυτελέστατα, ἃ ἄνθρωποι ἐσθίουσιν, πάντα δέ καὶ τὰ ἄλλα τὰ τιμιώτατα, ἵππους ἀνδράποδα, ζεύγη χρυσίον, ἀργύριον ἐσθῆτα ποικίλην ἐδίδου διὰ συμβόλων. σφαιρία γὰρ μικρὰ γεγραμμένα ὡς ἕκαστα αὐτῶν ἔχοντα εἰς τὸν ὅμιλον ἐρρίπτει καὶ ἐδίδοτο ὅ,τι τὶς δι' ἐκείνων ἥρπασεν.* — [3]) Sueton Nero 11. — [4]) Martial 8, 78. 10: Nunc *dat* spectatas tessera larga feras; Dio Cass. 49, 43 (von Agrippa): *σύμβολά τέ τινα ἐς τὸ θέατρον κατὰ κορυφὴν ἔρριψε* (darum waren sie hölzern), *τῷ μὲν ἀργύριον, τῷ δὲ ἐσθῆτα, τὸ δὲ ἄλλο τι φέροντα.* Anders ist die Vorstellung dagegen bei Dio Cassius 59, 9 (von Gaius): *γυμνικόν τέ τινα ἀγῶνα ποιήσας διέρριψε σύμβολα καὶ ἐξ αὐτῶν πλεῖστα τοῖς ἁρπάσασιν αὐτὰ διέδωκεν*; Orelli 3994: hic primus ob honorem — tesseris sparsis, *in quibus* aurum argentum aes uestem caeteraque populo diuisit.

von der Cognitur, nur gewinnen, wenn man das öffentliche Recht mit seinen von altersher anerkannten Vollmachtsverhältnissen berücksichtigte. Aber für den vorliegenden Zweck mag das erörterte genügen.

Ist es nun richtig, dass das Statsvermögensrecht nach seinen Formen und seinem Inhalte von dem privaten Verkehrsrechte sich unterscheidet, dann scheint es in keiner Weise geboten nach besonderen Gründen für die Geltung der censorischen *leges contractus* zu suchen. Sie sind eben anerkannt und wirksam, weil sie Vereinbarungen treffen, die nach den dafür ausschliesslich massgebenden öffentlichen Normen formell und materiell zu Recht bestehen. In der Tat ist denn auch nach meinem Dafürhalten der neueste Versuch nicht gelungen, ihre Kraft aus einer besonderen Machtvollkommenheit der „beikommenden" Beamten herzuleiten. Im Grunde steckt dahinter doch immer noch die Vorstellung, als handle es sich hier um ein Ausnahmsrecht der Privatrechtsordnung gegenüber, als müsse der Bruch in die Civilnormen noch eigens erklärt oder wol gar entschuldigt werden. Darum setzt Heyrovsky die Bestimmuugen der leges contractus als Amtsrecht nach Analogie des prätorischen Edikts den Satzungen des Civilrechts entgegen. Sein Gedanke ist, dass diese leges obrigkeitliche Anordnungen, leges speciales, priuilegia im altrömischen Sinne seien: „sie sind Akte der objektives Recht schaffenden Statsgewalt, Normen des objektiven Rechts, magistratische Rechtssätze" [1]). Ihre Geltung geht über die des Edikts hinaus; das richtige Analogon zu den leges ist das Dekret des Prätors, die „im einzelnen Rechtsstreite ergangene Entscheidung" (S. 96).

Diese Anschauung unterscheidet sich von der hier verteidigten nicht so wesentlich, wie es auf den ersten Blick scheinen möchte. Die Verträge der Statsbeamten mit den Privaten waren begreiflicherweise gleichartig und nahmen allmählich, ähnlich wie das prätorische Edikt, den Charakter feststehender Formulare an [2]). Abänderungen oder Zusätze waren allerdings rechtlich durchaus statthaft; aber sie wurden,

---

[1]) Heyrovsky, über die rechtl. Grundlage d. leges contractus S. 82. — [2]) Statt aller Mommsen 2, 425 A. 2.



wie wir wissen, schon in Ciceros Zeit mit ungünstigen Augen angesehen[1]). Ebenso stand es auch bei den Verbürgungs- und Pfandverträgen mit den Prädes, welche der Stat abschloss. So ist es erklärlich, dass man von einer *lex censoria* und *praediatoria,* wie von einem *edictum praetoris* sprach[2]). So ist es weiter erklärlich, dass man den Inbegriff der darin niedergelegten Rechtssätze hier als *ius honorarium,* dort als *ius praediatorium* bezeichnete[3]); vom ius censorium oder dgl. wird m. W. nie gesprochen: es hätte dem aber nichts im Wege gestanden[4]). Es ist klar, dass mit diesen und ähnlichen Ausdrücken, wie *ius pontificium, ius augurium*[5]), nicht bezeichnet werden soll ein Recht, was von diesen Beamten und Sachverständigen ausgieng; denn Augurn und Pontifices hatten keinerlei Befugnis Recht zu setzen (auch nicht im Sinne des Prätors), sondern nur es zu weisen. Vielmehr meint der Ausdruck das Recht, was diese Leute vorzugsweise angeht, was sie pflegen und entwickeln. Dass die Behörden, welche besonders mit einem Teile des Rechtes zu tun haben, an dessen innerer Ausbildung arbeiten, versteht sich von selber. Das taten in Bezug auf das Privatrecht auch die Juristen, die Vertragsentwürfe für die Parteien aufstellten. Diese Formulare wurden gleichfalls ständig; wir wissen, dass durch sie allmählich eine ganze Anzahl von neuen Rechtssätzen ins Privatrecht eingeführt worden ist, indem schliesslich gewisse immer wiederkehrende Vertragsberedungen als selbstverständlich von Rechtswegen ergänzt wurden. In diesem Sinne konnte man die *pactio* neben dem richterlichen Urteile bald geradezu als Rechtsquelle hinstellen[6]), bald als Erkennt-

---

[1]) Cicero Verr. 1, 55. 143; 3, 6. 15 sqq. — [2]) Gaius 4, 28; Sueton Claud. 9. Heyrovsky S. 10 will Stellen wie diese und wie Varro de RR. 2, 1. 16, Cicero de prou. cons. 5, 12, de ND. 3, 49 nicht von dem Vertragsformulare als solchem, sondern von einer einzelnen Klausel verstehen. Ich sehe keinen rechten Grund dafür; und meinem Sprachgefühle widerstrebt es, z. B. den Satz *hic tegitur ipsa lege censoria* so aufzufassen. — [3]) Cicero p. Balbo 20, 45. — [4]) Der Grund liegt vielleicht darin, dass der Ausdruck ius censorium auf den Census bezogen worden wäre: hier aber wird das Wort ius, wie es scheint, absichtlich vermieden. — [5]) Cicero Cato m. 38; ep. 3, 9. 4; Gellius praef. 13; vgl. Labeo 1, 40 ff. — [6]) Cicero de inu. 2, 67; 54, 162.

nismittel für das Gewohnheitsrecht behandeln[1]). Sonach fragt es sich nur, ob Censoren und Quästoren ein ähnliches Gesetzgebungsrecht, wie die Prätoren, nur mit rechtlich, nicht bloss tatsächlich bindender Kraft übten. Das aber muss man, glaube ich, entschieden in Abrede stellen.

I. Von den Statsverträgen mit Privaten kennen wir nur die censorischen etwas näher. Indes darf man nicht vergessen, dass auch die Quästoren Verträge für den Stat eingiengen, und doch nicht so ganz unwichtige: Verkäufe von Statsland so gut (S. 75 f.), wie Verdingung öffentlicher Arbeiten[2]). Darum wäre es unrichtig, etwa hier die künstlich aufgebauschte Machtstellung des Censors eine Rolle spielen zu lassen. Er tritt eben nur als Finanzbeamter auf: die Befugnis zur Eingehung der Verträge haben die Censoren durch die Ermächtigung des Volkes ebenso wie die Quästoren, nur jene ein für allemal, während diese sie für den einzelnen Fall bekommen. Und das ist die gesetzliche Grundlage für die Geltung der Verträge. Die Ermächtigung bezieht sich hier wie dort darauf, dass die Beamten über Gemeindegut verfügen oder die Gemeinde verpflichten dürfen[3]); zu beidem gehört auch im Privatrechte, wo der Haussohn für den Vater handelt, wie hier der Bürger für den Stat, eine besondere Vollmacht.

II. Dabei ist es nun vor allem kein Zweifel, dass die *leges contractus* wahre Verträge sind; man kann das Heyrovsky gegenüber nicht scharf genug betonen. Der Beamte gieng keineswegs streng einseitig vor; sondern er besprach die einzelnen Festsetzungen mit den Pächtern und Unternehmern, und änderte wol an dem Vertragsentwurfe auf ihren Wunsch[4]). In dieser Form wird dann die lex angenommen, d. h. die Contrahenten unterwerfen sich den vom Beamten gestellten und formulierten Bedingungen. Aber nicht diese Festsetzung an sich, sondern die freiwillige Unterwerfung bewirkt den Bestand des Rechtsgeschäftes[5]). Wir wissen, dass eine Versteigerung stattfindet und der Meistbietende den Zuschlag erhält *(addictio)*[6]): diesen Vorgang bezeichnet Cicero

[1]) Cicero de inu. 1, 43; 2, 42; top. 28 fehlt die pactio. — [2]) Cicero Phil. 9, 16; Frontin de aq. 96; Orelli 1294; vgl. Mommsen 2, 422; 541 f. — [3]) Mommsen 1, 228 f. — [4]) Livius 23, 4. 9; vgl. Heyrovsky S. 84 A. 2. — [5]) Vgl. Heyrovsky selbst S. 101. — [6]) Cicero Verr. 3, 77.

als *emere,* also mit dem Namen eines privatrechtlichen Vertrages[1]). So hat die lex lediglich die Bedeutung des artikulierten Vertragsangebotes, nach ihrer Annahme ist sie ganz in den fertigen Vertrag aufgegangen. Auch heutzutage werden die „Submissionsbedingungen" einseitig vom Stadtbauamte festgestellt, und der Unternehmer „sieht sie ein" und unterwirft sich ihnen, wenn sie ihm passen, *ad condiciones, ad leges accedit*[2]): da ist von Schöpfung objektives Rechtes für den Einzelfall keine Rede. Wie sollten die Römer bei gleichen Voraussetzungen zu ganz anderen Ergebnissen gelangt sein?

III. Deshalb ist es denn auch Sache äusserlichster Redaktion, wenn die leges einseitig vom Standpunkte des States aus abgefasst zu werden pflegen. Daran kann es nichts ändern, dass die Pflichten der Publicanen im Imperative, die des States im Futurum ausgedrückt sind. In ganz derselben Weise werden 1) bei völkerrechtlichen Verträgen einseitige Vorschläge vom Sieger an den Unterlegenen für den Friedensschluss gemacht; *legem paci dicere,* aber auch *condiciones ferre,* nennt man das[3]). Und die Friedensurkunden zeigen Imperative der Römer den Besiegten gegenüber[4]). Natürlich aber wird das foedus erst durch die Zustimmung des besiegten States fertig und bindend; denn auch das foedus iniquum setzt die Souveränetät des fremden Volkes voraus und erkennt sie an[5]). Das ganze Verfahren der Römer und die Form des „Bündnisses" sind also nur der Ausdruck der tatsächlichen Ueberlegenheit des Siegers. So sind denn auch 2) bekanntlich die leges contractus für Private bei Cato genau so wie die statlichen abgefasst. Man hat sie als Nachbildungen der publicistischen bezeichnet[6]), wahrscheinlich mit Recht. Aber man

---

[1]) Cicero Verr. 3, 99. — [2]) Labeo 1, 474 A. 3; vgl. auch Zschr. f. HR. 20, 289 f. — [3]) Livius 30, 16. 10; 37, 45. 13. — [4]) Livius 38, 11. 3; Polyb. 22, 13. 2. — [5]) Cicero p. Balbo 16, 35 sq.: adiunctum illud etiam est, quod non est in omnibus foederibus: ***maiestatem populi R. comiter conseruanto.*** id habet hanc uim, ut sit ille (populus) in foedere inferior. Primum uerbi genus hoc ***conseruanto,*** quo magis in legibus quam in foederibus uti solemus, imperantis est, non precantis; deinde cum alterius populi maiestas conseruari iubetur, de altero siletur, certe ille populus in superiore condicione causaque ponitur, cuius maiestas foederis sanctione defenditur. — [6]) Heyrovsky S. 86 A. nach Bechmann, Kauf 1, 266.

hebt damit die selbstbereitete Schwierigkeit in keiner Weise. Denn entweder sind jene Futura und Imperative das Merkmal einer rechtlich bevorzugten Stellung des States im Vertrage, und treten als obrigkeitliche Anordnungen auf: dann müste das nämliche auch von dem privaten Verdinger, Verpächter u. s. w. gelten; sonst wäre die Uebertragung eine juristische Unmöglichkeit. Oder es handelt sich dabei lediglich um die tatsächlich bessere Lage des Kapitalisten, der die Arbeit „austut", „vergibt", und der deshalb seine Bedingungen zu stellen im Stande ist: dann ist diese Initiative für den geschlossenen Vertrag juristisch bedeutungslos; sie bewirkt bekanntlich nur, dass eine dunkle Vereinbarung gegen den Verdinger u. s. w. ausgelegt wird [1]).

IV. Damit schwindet, meine ich, jede Möglichkeit, diese leges als obrigkeitliche Befehle aufzufassen: man darf natürlich nicht die ständigen Formulare mit den Vertragsentwürfen für den einzelnen Fall verwechseln. Es ist unzulässig, sie mit den prätorischen Edikten und der *lex censui censendo* zusammenzustellen [2]). Zweifellos hatten die Censoren, vielleicht die Quästoren das Ediktsrecht [3]). Aber bekannt ist es, dass sich die censorischen Edikte von den consularisch-prätorischen wesentlich unterscheiden. Hinter diesen steht die Bann- und Gerichtsgewalt, bei den Censoren und Quästoren fehlt sie. Das Ausschreiben des Census heisst mit offenbarer Absichtlichkeit nirgends *edictum,* sondern stets *forma censualis.* Und diese wird mit der *lex censui censendo* gleichgesetzt; auf das censorische *arbitrium* wird dabei verwiesen, begreiflich nicht auf das imperium [4]). Es ist eben und bleibt ein reines Amtsprogramm; das prätorische Edikt war nicht, aber wurde mehr. Und die bescheidene Form der censorischen *edicta repentina* zeigt das berühmteste gegen die lateinischen Rhetoren [5]). Immerhin sind es einseitige obrigkeitliche Akte, die sich an das Volk wenden und so objektives Recht schaffen als Aus-

---

[1]) Vgl. statt aller Pernice, Zschr. f. HR. 25, 107 f. — [2]) Heyrovsky S. 78 f., S. 82 f. — [3]) Wir kennen freilich keine quästorischen Edikte: Mommsen 1, 199. — [4]) Varro de l. L. 5, 81; Livius 4, 8. 4. — [5]) Sueton de cl. rhet. 1 (p. 268 Haase): quapropter et iis, qui eos ludos habent, et iis qui eo uenire consuerunt, uidetur faciundum, ut ostenderemus nostram sententiam nobis non placere.



spruch der Statsgewalt. Die censorischen leges aber sind ohne die Gegenseitigkeit bedeutungslos; die Privaten musten mitwirken, ihnen Geltung zu schaffen. Daher vermögen sie nicht objektives Recht zu setzen, sondern nur beiderseits Befugnisse und Verbindlichkeiten zu begründen.

V. Ebenso wenig wie aus der Form der Verträge lässt sich aus der Machtstellung der vertragschliessenden Beamten etwas für die objektive Natur der Satzungen folgern. Es ist eine unbestreitbare Tatsache, dass Rechtsstreitigkeiten zwischen der römischen Gemeinde und Privaten nicht im Ordinarverfahren vom Geschworenen entschieden, sondern im Verwaltungswege vom Censor und Consul ausgetragen werden. Die Ueberweisung der Aburteilung an diese Beamten macht indes die Verträge nicht zu etwas anderem als sie sind. Vielmehr zeigt sie einmal 1), wie die Römer sich wolbewust waren, dass die finanziellen Vereinbarungen mit den Steuerpächtern tatsächlich nur Hilfsmittel für die Statsverwaltung sind, und darum ganz selbstverständlich dem Civilrichter entzogen werden. Dass 2) auch die rein fiscalischen Verträge (Lieferungen, Bauten) nicht vor den gewöhnlichen Richter verwiesen werden, geht über unsere heutige verwaltungsrechtliche Praxis hinaus; es stimmt aber mit dem älteren englischen und preussischen Rechte[1]). Die Hauptsache ist: das Verwaltungsgericht des Censors und Consuls entscheidet natürlich ganz ebenso nach Rechtsgrundsätzen, wie der Civilrichter. Heyrovsky meint freilich, der Richter sei hier zu gleicher Zeit Partei und habe den finanziellen Nutzen des States zu vertreten (S. 74 f.). Diese Aeusserung aber ist aus der hergebrachten Verkennung des Wesens der Verwaltungsjustiz hervorgegangen, als ob es sich dabei um blanke Willkür und rücksichtslose Durchsetzung der „Interessen“ des States handle[2]). Davon kann so wenig in der römischen wie in der heutigen

---

[1]) Blackstone, commentaries 3, 258; E. Meier, Reform d. Verwaltungsorganisation S. 44 f. — [2]) „Eine umfassende und detaillierte Regulierung des statlichen Vermögensrechtes durch Volksschlüsse wäre doch höchst sonderbar, wo es kein Gericht und kein gerichtliches Verfahren gab, welches die Sicherheit geboten hätte, dass die Gesetzesnormen auch genau und vollständig verwirklicht würden“: Heyrovsky S. 80. Solche unüberlegte Aeusserungen tut derselbe, der (S. 104 A. 3) nicht abgeneigt ist, die

Verwaltungsrechtspflege[1]) die Rede sein. Im Grunde versteht sich das von selber. Aber wir sind glücklicherweise im Stande zwei Momente hervorzuheben, welche die Annahme einer willkürlichen Entscheidung sehr unwahrscheinlich machen.

1. Cicero wirft es dem Verres vor, er habe das Recht verletzt, als er verlangte, die Seulen eines Tempels sollten *ad perpendiculum exactae* sein, obwol davon im Vertrage mit dem Unternehmer nichts gestanden habe[2]). Der Vorwurf wird nur erträglich durch Ciceros Witz, Verres habe sich erst erkundigen müssen, was ein Lot sei. Denn natürlich musten die Seulen (im architektonischen Sinne) senkrecht stehen. Wenn Cicero aber so den Wortlaut des Vertrages betonen darf, wo Verres, wie der Erfolg zeigt[3]), nur billiges forderte, da muss man doch nicht an ein Willkürregiment gewöhnt sein; ja, man sollte meinen, da hersche das strictum ius[4]).

2. In den Fällen, wo die Abnahme des opus erfolgen soll *arbitratu consulum, aedilium* u. s. w., d. h. wo alles auf das arbitrium des vertragschliessenden Beamten selbst oder eines dritten gestellt wird, da ist gewis die Entscheidung dieser Beamten als endgiltige zu betrachten (S. 63 ff.). Bekanntlich kehrt diese Art des Austuns im Privatverkehrsrechte wieder, bis auf die technischen Ausdrücke *probare* und *arbitratus*[5]): die Nachbildung der öffentlichen Verdingungsverträge liegt auf der Hand. Im Privatrechte aber sind die beiden Regeln, dass das forderungsmässig hergestellte Werk abgenommen werden,

---

„Handhabung des Princips der bona fides" mit Mommsen auf die Censoren zurückzuführen. Und wie kann man es reimen, dass die Censoren objektives, für die Nachfolger und andere Beamte massgebendes Recht schaffen, während sie selbst anscheinend daran bei ihren Entscheidungen nicht gebunden sein sollen? Steht der Bevollmächtigte über der lex data? Soll die Geltung der leges censoriae von dem Zufalle abhängig sein, ob Censoren oder Consuln den Rechtsfall aburteilen?

[1]) E. Meier in Holtzendorffs Encyclopädie S. 1155 ff. — [2]) Cicero Verr. 1, 134; vgl. fr. 1 § 3 de l. publ. fr. 43, 8: ultra legem (locationis) uel contra legem non debet audiri, qui frui desiderat. Heyrovsky S. 91. — [3]) Hominem modestum et minime pertinacem facile coercet: columnas ita se exacturum esse confirmat. — [4]) Auch des Servius Gutachten in dem Contraventionsfalle, den Alfen fr. 15 de publ. 39, 4 berichtet, trägt stark das Gepräge des strictum ius; die Wortklauberei ist für bona fides etwas arg: Labeo 2, 18. — [5]) CIL. I, 571; 577; 1216; 1223; 1227; 1245; 1247; SC. de pago Mont. 1, 1 (Bruns p. 151).

und dass der arbiter als bonus uir urteilen müsse, unzweifelhaft und althergebracht[1]). Sollte da die Praxis des Verwaltungsgerichtes eine andere gewesen sein? Läge hier nicht gerade ein Verhältnis vor, bei dem die bona fides eingreifen könnte und sollte?

VI. Mag man aber auch die Verwaltungsrechtspflege sich als Willkürjustiz vorstellen, so ist es doch sicher unrichtig daraus zu folgern, dass der Stat die Vertragserklärungen als etwas dem Gesetze ähnliches betrachtete (S. 75). Gewis ist die Willenserklärung des Censors einer Erklärung des „allgemeinen Willens" gleichzuachten (S. 76); gewis hat man in Rom zwischen der politischen Gemeinde und der Gemeinde als Privatrechtssubjekt begrifflich und praktisch keinen Unterschied gemacht[2]). Daraus ergibt sich aber offensichtlich nicht, dass alle Erklärungen, die vom Volke direkt oder mittelbar ausgiengen, den Charakter von Gesetzen an sich trugen. Im vorliegenden Falle ist diese Annahme geradezu ausgeschlossen, Denn, wie schon gesagt (I), die Geltung der leges beruht lediglich darauf, dass den Censoren ein für allemal, den Quästoren im Einzelfalle die Befugnis erteilt worden ist, für den Stat Rechtsgeschäfte abzuschliessen, d. h. ihn zu berechtigen, zu verpflichten, aus seinem Vermögen zu veräussern. Darüber ist kein Zweifel möglich. Die Quästoren erhalten von den Consuln (tatsächlich von dem Senate) den Auftrag zu verdingen[3]) oder zu verkaufen[4]), d. h. Verträge zu schliessen; die Censoren sind als solche zum *locare, uendere* u. s. w. berufen[5]). Eine gesetzgeberische Gewalt ist demnach den Beamten sicher nicht übertragen; einer solchen bedurfte es für den zu erreichenden Zweck auch ganz und gar nicht. Von selbst aber haben Censoren und Quästoren eine gesetzgebende Gewalt nicht einmal im Sinne des Prätors (IV). Und wenn

[1]) Fr. 24 pr., fr. 37 loc. 19, 2; fr. 68 de V. S.; fr. 30 pr. de op. lib. 38, 1; fr. 2 § 2 de coll. 37, 6; fr. 72 pr. p. soc. 17, 2; fr. 7 pr. de C. E. 18, 1 (ueteres); fr. 47 § 1 de adm. et per. 26, 7; fr. 1 § 1 de leg. 2; CIL. I, 1199; 1228. — [2]) Vgl. Labeo 1, 266. — [3]) Cicero Phil. 9, 16: utique . . consules . . quaestoribus urbis imperent, ut eam basim statuamque faciendam et in rostris statuendam locent; vgl. übrigens auch Mommsen 1, 228. — [4]) Livius 28, 46. 4. — [5]) Daher lautet das prätorische Edikt fr. 1 pr. de l. publ. fr. 43, 9: quo minus loco publico, quem is, *cui locandi ius fuerit,* fruendum alicui locauit et q. s.

sie sie hätten und übten, so würden aus ihren Edikten die Wirkungen nicht hervorgehen können, welche die leges hervorbringen[1]). Denn die leges sind über die Amtszeit der vertragschliessenden Magistrate hinaus bindend und für sämtliche Beamte massgebend.

VII. Aber diese objektive Wirkung bietet vom Standpunkte des gewöhnlichen Vertragsrechtes durchaus keine Schwierigkeit: der Stat ist der eigentlich berechtigte und verpflichtete und bleibt es natürlich, auch nachdem sein Bevollmächtigter das Amt niedergelegt hat; ér ist der Veräusserer und an seine Erklärung gebunden; im Privatrechte ist es ja genau ebenso. Die Annahme einer Gesetzeskraft der leges ist also zur Erklärung m. E. überflüssig[2]). Nur darin ist das publicistische Vertragsrecht eigenartig, dass der Senat (wie es scheint nicht der Consul) die Vereinbarung im Einzelfalle einseitig wieder aufheben *(inducere)* darf[3]). Das ist ähnlich, wie bei völkerrechtlichen Verträgen, die ein unbeauftragter Consul, gewissermassen ein procurator sine mandato speciali, eingegangen hat. Dies Vorgehen ist indes ein völlig anderes als da, wo der Senat vom Gesetze dispensiert, wo er also wirklich als Gesetzgeber auftritt[4]). In den Fällen der Kassation von Verträgen, soweit sie uns bekannt sind, richtet sich die Massregel des Senats durchaus gegen die Censoren; es werden nicht etwa die Publicanen von der Erfüllung gesetzlicher, durch lex specialis ihnen auferlegter Pflichten entbunden.

VIII. Erklärlicherweise lässt sich der Rechtsgrund für die bindende Kraft dieser Verträge nicht in ihnen selbst finden[5]); sie rührt aus der allgemeinen Anschauung her, dass Verträge gehalten werden müssen, gerade von dem am ersten, den man nicht zu zwingen vermag. Dafür noch eine gesetzliche Norm

[1]) Man sehe z. B., wie Cicero (p. Cluentio 121. 126) die censorische Infamie nach ihrer Bedeutung für andere Beamte behandelt; vgl. Labeo 1, 242. — [2]) Heyrovsky S. 89 ff. — [3]) Cicero ad Att. 1, 17. 9; Livius 39, 44. 8; Plutarch Cato mai. 19; vgl. Livius 43, 16. — [4]) Die Meinung, dass Dispensation vom Gesetze eine polizeiliche Massregel sei, hätte man weder dem römischen Statsrechte noch mir zutrauen sollen. — [5]) „Die magistratischen l. c. ziehen demnach ihre Kraft und Wirkung nicht aus einer ausserhalb ihnen befindlichen Norm, sondern bestehen aus eigener Kraft, erscheinen selbst als die Quelle und der Grund der Wirkungen, auf die sie gerichtet sind“: Heyrovsky S. 82.



zu fordern, hat keinen rechten Sinn. Der Stat ist auch ohne gesetzliche Vorschrift an seine völkerrechtlichen foedera gebunden, lediglich wegen der fides [1]; und im Privatrechte steht es mit den formlosen Verträgen, sogar mit der Stipulation nicht anders. Wenn man das römische Statsrecht rein aus dem Gesetze aufbauen wollte, ohne das Gewohnheitsrecht *(mos maiorum)* zu Hilfe zu nehmen, so wäre man übel dran. Danach scheint es mir auch nicht zutreffend, Privat- und Statsverträge als nach ihrer rechtlichen Grundlage verschieden einander gegenüberzustellen: die ersteren seien Erklärungen, deren rechtliche Wirkungen in einem Gesetze vorgezeichnet sind, die leges censoriae trügen den Grund ihrer Wirksamkeit in sich selbst. Das ist modern in jenem, römisch in diesem Falle gedacht. Wo sind die römischen Gesetze, welche den Inhalt der clausula doli, die sämtlichen Folgen des Kaufcontracts, z. B. die Entwehrungspflicht ohne Stipulation, die Haftung für Culpa, die Mora und hundert andere Vertragswirkungen im klassischen Rechte bestimmen? Es ist die Gewohnheit, das officium iudicis, die Rechtswissenschaft, welche hier eingreifen. Gibt es dergleichen im Statsvermögensrechte nicht?

IX. Zur Erläuterung der Gesetzeskraft der leges c. soll nun nicht das edictum perpetuum dienen: denn das ordnet für die Zukunft an; sondern die „vom Prätor im einzelnen Rechtsstreite ergangene Entscheidung“ (S. 96). Diese Bezeichnung hätte dringend einer genaueren Bestimmung bedurft: der Ausdruck *decretum,* der abwechselnd gebraucht wird, ist kein technischer. So bleibt es ungewis, was für prätorische Bescheide gemeint sein möchten. Selbstverständlich sind solche Anordnungen wie Interdikte und bon. possessiones, obgleich sie gewis Entscheidungen enthalten, völlig auszusondern: dass sie lediglich auf dem Imperium beruhen, ist gewis. Bei den Entscheidungen im Cognitionsverfahren und in iure, z. B. bei Feststellung der Formel, ist klar, dass nicht neues Recht geschaffen, sondern bestehendes angewendet wird; das prätorische Urteil, wo es zulässig ist, geht wie das richterliche in Rechtskraft über [2]; aber „Recht macht es“, so wenig wie dieses

---

[1] Labeo 1, 412. — [2] Paulus 5, 5a, 1. 6 (Kr.). Vgl. Bethmann-

(S. 38 f.). So bleibt denn, wie mir scheint, nur der Fall übrig, wo der Prätor eine actio in factum gibt. M. W. wird hier nie von einem decretum gesprochen, und es liegt auch in der Tat weder eine Verfügung noch ein Urteil für die Parteien vor, sondern eine Vollmacht und Anweisung an den Richter, welcher dieser Folge leisten muss. Hier setzt nun der Prätor für den besonderen Streit neues Recht, und dennoch begründet er unter Umständen, wenn die übrigen Voraussetzungen vorhanden sind, ein iudicium legitimum, d. h. ein gesetzliches Verhältnis unter den Parteien. Dies ist, soweit ich sehe, das einzige Beispiel, was Heyrovsky anzuführen weiss. Ich halte es nicht für glücklich gewählt.

Das iudicium legitimum trägt seinen Namen nicht von der Stellung des Richters zum Prätor: denn diese ist überall die gleiche, mag der Stadt- oder Fremdenprätor ihn eingesetzt haben, mag die Formel in ius oder in factum gehen. Vielmehr ist das i. l. eins, das nach dem Gesetze besteht oder angeordnet werden muss, wie die *tutela legitima*, der *heres legitimus*, die *aetas legitima*. Also das Gesetz hat den Stadtprätor verpflichtet in Rom unter lauter römischen Bürgern einen Einzelrichter zu bestellen; darum ist das iudicium, was diesen Merkmalen entspricht, ein *legitimum*. Es liegt nun, glaub ich, zu Tage, dass dies iudicium 1) in seinem Bestande gerade nicht auf der Einsetzung durch den Prätor, sondern auf dem Gesetze fusst; dass also der Einsetzungsbescheid ein rein formaler und darum mit den leges censoriae nicht auf dieselbe Stufe zu stellen ist. Und es scheint mir 2) klar, dass es dem „Gesetze" eben nur auf die Bestellung eines Richters im Gegensatze zur eigenen Entscheidung des Prätors, nicht auf den Inhalt der von ihm erteilten Instruktion ankam. Wir haben uns den Satz als altstatsrechtlichen vorzustellen (S. 38). In der Legisaktionenzeit aber gab es noch keine Instruktion des Richters: sie verbindet sich erst im Formularverfahren mit dem *iudex esto*. Hienach schafft nicht der Prätor von sich aus das legitime Verhältnis, wie der Censor eins schaffen soll; sondern eine Macht ausser ihm tut es, das Gesetz, und durch

---

Hollweg 2, 780. Wie vorsichtig man dabei war, zeigt Julian fr. 75 de iud. 5, 1.

dieses wird dann die Beschaffenheit des Verhältnisses selbst geregelt. Die übrigen iudicia werden als aus freiem Ermessen des Prätors hervorgegangene und deshalb auf seiner Banngewalt ruhende angesehen; da ist es ebenso gleichgiltig, ob die Klagen inhaltlich civile oder prätorische sind[1]. Demgemäss steht die Sache so: der Stadtprätor bedient sich zur Entscheidung der Rechtsstreite bald eines *iudicium legitimum,* bald (seitdem es andere Richter gab) eines *imperio continens.* Der Absicht des Gesetzes ist auch durch Recuperatoren genügt; um den Inhalt der Instruktion braucht es sich nicht zu kümmern: durch die Möglichkeit einer Intercession der Collegen und der Tribunen ist hinlänglich dafür gesorgt, dass der Prätor seines Amtes *uti e fide e republica erit* waltet; und mehr erfordert die römische Ordnung nicht[2]. Damit stimmt ganz vortrefflich zusammen, dass die iudicia legitima auch dann unverjährbar sind, wenn der Prätor eine formula in factum aufgestellt hat[3]. Denn dabei kommt es lediglich auf die Form des Gerichtes an. Dagegen wirkt die Litiscontestation im iud. leg. bei a. in factum nicht ipso iure consumierend[4]: denn da gibt die Formel, d. h. die Anweisung an den Richter, den Ausschlag. Ich sollte meinen, aus diesen eigenartigen Gestaltungen liessen sich für die magistratischen Vertragsschlüsse keine Analogien gewinnen.

X. Den **Inhalt** der censorischen Verdingungsverträge darf man nach allem, was wir davon wissen, nicht als ein einheitliches Ganzes ansehen. Sie sind nicht rein als Gesetze oder Vereinbarungen gedacht, sondern sie enthalten neben den eigentlichen Vertragsbestimmungen vieles, was der Unternehmer zu wissen nötig hat. Daher ist es in keiner Weise erforderlich, dass alle Sätze der lex gerade aus der geschlossenen Uebereinkunft Kraft und Wirksamkeit ableiten; sie können auch lediglich zur Kenntnisnahme für die Publicanen eingefügt sein.

---

[1] So fasst den Gegensatz bereits Puchta, Inst. I, § 159 S. 464 f.; jetzt Mommsen 1, 182 f. Anderes bei Keller (Wach) § 45 S. 225 f.; und auch bei Lange 1, 788 f.; vgl. Brini, sulla condanna nelle legis actiones p. 61 sqq. — [2] Labeo 1, 109; 2, 290. — [3] Gaius 4, 109. Es ist ganz richtig, dass hier „für die Anfänger" notwendig hätte erwähnt werden müssen, dass das iud. leg. in factum in einem Jahre erlösche, wenn es so wäre; nach dem Gesagten aber kann es gar nicht so sein. — [4] Gaius 4, 107.

1. Ehe die Verpachtung von Gefällen stattfinden kann, muss natürlich feststehen, dass eine Verpflichtung, sie zu entrichten, überhaupt vorhanden ist. Denn der Censor tut ja die Erhebung der Abgaben aus, d. h. er lässt sie durch Mittelspersonen für den Stat beitreiben. Genau so versteigert der Quästor Stücke des ager publicus: das setzt voraus, dass das Land bereits Statsgut ist; durch die Versteigerung kann es nicht erst dazu werden. Ebenso vermag die lex censoria nicht die Abgabepflicht zu begründen; sie setzt nur ihren Umfang fest und regelt höchstens die Art und Weise der Erhebung [1]). Der römische Beamte hat dazu nicht die Macht, und wenn er sie hätte, so müste er sich mit seinem Befehle an die Untertanen wenden, er könnte die Pflicht nicht so gelegentlich der Verhandlung mit anderen Personen auflegen, um so weniger als die leges c. nicht öffentlich bekannt gemacht zu werden pflegten [2]). Gaius (4, 28) sagt das denn auch ganz klar: die pignoris c. steht nach der l. censoria den Publicanen zu gegen die, *qui aliqua lege uectigalia deberent;* er unterscheidet also die lex als Schuldgrund genau von der l. c., die das Mittel der Zwangsvollstreckung gewährt. Wenn hienach Cicero sagt: *qui publicos agros arant, certum est quid e lege censoria debeant* [3]), so fällt der Ton auf das *quid,* nicht auf das *debeant:* die Publicanen beriefen sich auf das der lex c. eingefügte Verzeichnis der aratores und ihrer Steuerbeträge, nicht als auf einen Rechtsgrund — der ist im vorliegenden Falle gar nicht bestritten —, sondern als auf amtliche Angaben. Dass die Publicanen auch von diesen Ansätzen abgehen durften, ist selbstverständlich und uns ausdrücklich bezeugt [4]). Es steht hier ganz ähnlich wie mit dem *e forma censuali ueniri iubere* [5]): das Verkaufsrecht stammt auch nicht aus dem Schatzungsschematismus, mag man darin nun Zwangsvollstreckung oder Strafe finden (S. 10). Sonach ist hier die

[1]) A. M. scheint Heyrovsky S. 89; vgl. oben S. 112. — [2]) Tacitus ann. 13, 51. — [3]) Cicero Verr. 5, 53 mit der Anmerkung von Halm. — [4]) Cicero ad Q. fr. 1, 1. 35. Heyrovsky S. 89 hebt hervor: es könne von der verbindlichen Norm nur mit Einverständnis beider Teile abgewichen werden. Aber lex publica priuatorum pactis mutari non potest? — [5] Gaius 1, 160.

l. c. nicht die Quelle für eine Verpflichtung dritter, ausser den beiden vertragschliessenden Parteien.

2. Rein redaktionell scheint mir die Bestimmung in der l. censoria portus Siciliae[1]): *pro his* (seruis) *portorium ne dato.* Damit ist offenbar nur die Befreiung der Einfuhr gewisser Sklaven vom Zolle ausgesprochen; dasselbe was Cicero sagt: *agri in Boeotia deorum immortalium excepti lege censoria*[2]). Die Steuerfreiheit mag auf censorischer Anordnung allein beruhen: es ist ja möglich, dass die Censoren zu solchen Bewilligungen die Befugnis hatten; sie kann aber auch sonstwie feststehen und nur von den Censoren wiederholt sein. In beiden Fällen wenden sie sich an die Publicanen, indem sie ihnen verbieten, Zoll oder Steuer einzuziehen. Da beide als publicistische Verpflichtungen nur auf Erfordern erfüllt werden müssen (S. 13), so ist den Bevorzugten damit die Freiheit gesichert. Gewis dürfen sich die so von der Steuer Befreiten auf den Ausspruch der lex c. berufen: so geschah es anscheinend nach Ciceros Berichte. Will man die Sache auf die Spitze stellen, so lässt sich allerdings darin eine objektive, Recht schaffende Wirkung der lex finden: dritte Personen leiten daraus eine Befugnis für sich her. Indessen verbietet sich eine derartige Behandlung des Verhältnisses eben durch das Wesen des Verwaltungsstreitverfahrens, und darin liegt ein entschiedener Vorzug; die Aufsichtsbehörde wird vom Benachteiligten einfach auf die Abweichung von der Hebeordnung hingewiesen, deren sich die Steuerpächter schuldig gemacht haben, und dadurch veranlasst Abhilfe zu schaffen.

3. In diesen Zusammenhang scheint mir endlich auch die den Publicanen gewährte Ausschliesslichkeit der Zollerhebung zu gehören. Ein solches Monopol versteht sich für die tatsächlichen Vertreter der Statsgewalt von selber, und so ist eigentlich die ausdrückliche Anordnung überflüssig. Redaktionell wird sie in den leges so gefasst, dass diese allen anderen Personen Eingriffe in den Alleinbetrieb der Publicanen untersagen: *nequis praeter redemptorem . . cotem ex insula Creta fodito neue eximito neue auellito (auehito?)*[3]). Diese Fassung

---

[1]) Servius fr. 203 de V. S. — [2]) Cicero de ND. 3, 49. — [3]) Fr. 15 de publ. 39, 4.

ergibt sich notwendig daraus, dass die leges grundsätzlich vermeiden die Statsgewalt selbst unmittelbar als verpflichtet zu bezeichnen (S. 115 f.). Daneben kommen auch andere Wendungen vor: *conductor frui debeto ita, ne alius in u[ico metalli V. inue] territoris eius tonstrinum quaestus causa faciat*[1]). In beiden Fällen steht rechtlich die Sache so, dass der Stat die Verpflichtung übernimmt, den Pächter gegen Eingriffe und Konkurrenz wirksam zu schützen[2]). Allein unläugbar geht diese mittelbare Begründung von Pflichten dritter Personen über die Kraft eines Vertrages gewöhnlicher Art weit hinaus; sie ist eine Folge der besonderen Befugnisse, welche der Stat den an seiner Statt Handelnden übertragen hat.

XI. Aus den leges entstehen subjektive Berechtigungen und Verbindlichkeiten beider Teile. Sie sind begreiflich „civiler" Natur: quiritarisches Eigentum geht über, Forderungsrechte werden unmittelbar übertragen, die persönlichen Befugnisse und Verpflichtungen sind vererblich[3]) und zeitlich unbeschränkt. Um dies zu erklären bedarf es der Hypothese von der Gesetzeskraft der leges wahrlich nicht. Die Verträge sind, da keine Form erforderlich ist, vollkommen ordnungsmässig abgeschlossen; dass nun auch die vom State beabsichtigte Rechtswirkung in ihrem ganzen Umfange eintritt, darüber braucht man sich, sollte ich meinen, nicht zu verwundern. Aber allerdings werden den Publicanen durch die leges zwei Befugnisse übertragen, welche aus dem Rahmen blosser Privatrechte hinausfallen: das Pfändungs- und das Verwirkungsrecht. Indessen auch dadurch sind wir nicht gezwungen die leges aus Verträgen zu Gesetzen umzustempeln. Die richtige Auffassung ist viel mehr die: den Steuerpächtern werden wegen ihrer halbobrigkeitlichen Stellung administrative Zwangsmittel vertrags-

[1]) L. met. Vip. 37 (Bruns p. 144); vgl. Hübner, ephem. ep. 2, 179; Bruns, kl. Schriften 2, 300 f. — [2]) So heisst es in dem SC. de Asclepiade 23 sq. (Bruns p. 150): *ἄρχοντες ἡμέτεροι, οἵτινες ἄν ποτε Ἀσίαν Εὔβοιαν μισθῶσι ἢ προσόδους Ἀσίᾳ Εὐβοίᾳ ἐπιτιθῶσιν, φυλάξωνται, μήτι οὗτοι δοῦναι ὀφείλωσιν.* — [3]) L. de XX quaest. 4 (Bruns p. 83), l. mun. 49 (Bruns p. 98) setzen die Vererblichkeit der Lohn- und Unternehmerforderung gegen den Stat ausdrücklich fest. Damit wird schwerlich etwas ausgesprochen, was sich nicht ohnehin von selbst verstünde (Heyrovsky S. 80 A.).

mässig zur Verfügung gestellt und durch die lex übertragen, welche eigentlich nur dem State selbst zustehen, und daher nur von seinen Beamten gehandhabt werden dürften.

1. Die publicistische Natur der *legis a. per pignoris capionem* ist längst vielfach hervorgehoben worden [1]). Man muss geradezu sagen, es werde, wo sie anwendbar ist, durchgängig mit der Statsforderung gegen den Privaten auch die Geltendmachung durch die Verwaltungsexekution — denn das ist die pignoris capio — mit auf den Erwerber übertragen [2]). Daher hatten die Theoretiker Mühe dies Verfahren als Processart den Legisaktionen einzureihen. Bekanntlich berichtet Gaius, der Charakter dieser Privatpfändung als leg. actio sei bestritten, weil sie aussergerichtlich erfolge und die Anwesenheit des Gegners nicht notwendig voraussetze [3]). Dazu kommt, dass sie den Rittern und Soldaten nicht nach dem Gesetze, sondern nach Gewohnheit zustand *(moribus)*: die bei ihr angewanten Formelworte sind demnach nicht, wie bei anderen Legisaktionen, gesetzlich vorgeschriebene, sondern althergebrachte. Hieraus erklärt sich unsere Unkenntnis hinsichtlich des weiteren an die vollzogene Pfändung anschliessenden Verfahrens. Dass bei Nichtbefriedigung der Gläubiger das Pfand

---

[1]) Statt aller Keller (Wach) § 20 S. 102. — [2]) Gegen diese Gleichstellung macht Degenkolb, lex Hieronica S. 101 ff. mehrfache Bedenken geltend, und kommt schliesslich dazu, die p^is c^o mit der multae dictio zu vergleichen. Dieser Vergleich ist gewis sehr zutreffend, insofern beide Coercitionsmittel sind; er fördert uns aber nicht weiter, weil er die eigentliche Frage nicht löst, ob die p^is c^o übertragbar sei. Da aber ist denn doch einmal die Uebereinstimmung des Namens (a. M. Degenkolb S. 99) und dann die Gleichheit der Tendenz beider Rechtsmittel ausschlaggebend: mittelbarer Zwang zur Unterwerfung. Dagegen scheinen mir die beiden von Degenkolb beigebrachten Unterschiede nicht schwer zu wiegen. 1) Die certa verba bei der privaten p^is c^o. Allein sie sind ein Merkmal aller aussergerichtlicher Formalakte, welche ähnliche Kraft wie obrigkeitliche Verfügungen haben: in ius uocatio, operis noui nuntiatio, Haussuchung. Es ist begreiflich, dass man die fehlende Auktorität des Beamten durch Wortformeln (und Zeugenzuziehung?) ersetzte. — 2) Die Einlösung *(tuitio)* des Pfandes bei der legis a. bedinge einen Strafzuschlag. Aber diese Annahme ist ganz unsicher, und jedesfalls durch Gaius 4, 32 nicht ohne weiteres erwiesen: Karlowa, Legisactionen S. 206. — [3]) Gaius 4, 29.

ebenso zerstören *(pignus caedere)* durfte, wie der Beamte[1]), hat man wiederholt gesagt[2]). Damit aber fällt einem so ausgedehnten Selbsthilferechte gegenüber ganz naturgemäss dem Gepfändeten die Initiative zu, um entweder die Sache wieder zu erlangen oder Ersatz für die Zerstörung durchzusetzen.

Sonach dürfen wir annehmen, dass die Censoren das Recht der Pfändung, das sie persönlich hätten üben können[3]), auf ihre halbstatlichen Vertreter[4]) übertrugen[5]). Die Publicanen, als Organe der Finanzverwaltung, haben auch andere polizeiliche Befugnisse, wie sie Privaten nicht zukommen: vor allem das Durchsuchungsrecht, das sich von der pign. capio gar nicht trennen lässt.

Mit dieser Stellung der Steuer- und Zollpächter scheint das Publicanenedikt zusammen zu hängen. Dass der Prätor die p^is^ c^o^ aufheben weder konnte noch wollte, darf nicht bezweifelt werden[6]). Der Prätor kann die hergebrachte Ordnung des censorischen Amtes nicht über den Haufen werfen; sie ist seiner Jurisdiktion entzogen. Ulpian hätte die Beseitigung der p. c. notwendig hervorheben müssen, wo er von der Ursache der Aufstellung eines besonderen Ediktes spricht[7]). Dagegen scheint mir alles zusammenzustimmen, wenn man sich das Edikt als Ergänzung und Correktiv zu dem gewaltigen Selbsthilferechte der Statspächter, dem Pfändungs- und Durch-

---

[1]) Cicero de or. 3, 4. — [2]) Degenkolb, l. Hieronica S. 98 f.; Huschke, Multa S. 387. — [3]) Livius 43, 16. 5. — [4]) Bezeichnend Tacitus ann. 4, 6: cetera publicorum fructuum societatibus equitum Romanorum *agitabantur* (wurden verwaltet); so auch Seneca ep. 20, 2. 5 (119): quod publicum *agitarem*. — [5]) Degenkolb S. 123; Huschke S. 402. Heyrovsky (S. 82) findet durch Gaius 4, 28 „direkt erwiesen", dass die l. c. eine Quelle des objektiven Rechtes sei; sie werde hier der lex und der Gewohnheit gleichgestellt. Ich würde keinen Anstand nehmen, dem Gaius eine Wortspielerei im Interesse der Systematik schuldzugeben. Es scheint mir aber nicht nötig. Gaius stellt die l. censoria hin als Unterfall des p^is^ c^o^ lege introducta; dabei sondert er das letzte Beispiel deutlich von den beiden vorangeführten ab: *item lege censoria data est* (nicht introducta est). Seine Ansicht kann sehr wol sein, dass die p^is^ c^o^ in diesem Falle nach Vorschrift des Gesetzes den Publicanen übertragen werden muste. Richtiger wäre es wol gewesen, sie auf die Gewohnheit zurückzuführen. — [6]) Degenkolb S. 106 ff.; a. M. Rudorff ed. perp. § 183 A. — [7]) Fr. 1 § 2 de publ. 39, 4.

suchungsrechte, denkt. Natürlich durfte man gegen den Publicanen bei misbräuchlicher Anwendung dieser Befugnis wegen Diebstales, Raubes und Sachbeschädigung klagen: Ulpian sagt das ausdrücklich [1]), und es ist uns bestimmt bezeugt [2]). Diese Rechtsmittel gewähren drei- und vierfachen Ersatz, sie erfordern dafür aber Dolus, d. h. bewuste Ueberschreitung der Befugnis. Darum war mit ihnen selten etwas auszurichten. Der Prätor ediciert deshalb nochmals besonders 1) gegen die gewaltsame Wegnahme von Sachen durch die Publicanen *eius publici nomine* [3]), d. h. in Ausübung ihrer halbamtlichen Tätigkeit bei Beitreibung der gepachteten Steuer; dieser Zusatz ist 2) bei dem anderen Edikte gegen Diebstal und Sachbeschädigung hinzuzudenken. Die Klage ist, wie Ulpian hervorhebt, milder als die entsprechende gegen Private: das erklärt und rechtfertigt sich nur, wenn man den halbamtlichen Charakter der Publicanen im Auge behält. Sie ist aber auf der anderen Seite sehr viel günstiger für den Verletzten: es wird kein Dolus vorausgesetzt und unbedingte Haftung für die Untergebenen angeordnet [4]). Und dazu tritt dann noch die weite Ausdehnung des Furtumbegriffes, die ja auch den Gebrauchsdiebstal mit umfasst. Sehr wahrscheinlich ist es, dass in der Kaiserzeit die formale p^is^ c^o^ zu einer formlosen Pfändung wurde, als die alte Legisaktion sich in eine Ersatzklage der Publicanen mit fikticischer Legisaktion verwandelte [5]). Das Durchsuchungsrecht wurde von jeher formlos geübt. Und doch kommt die p. c. noch im ersten Jahrh. als Exekutiv-

---

[1]) Fr. 1 § 2 § 8 h. t. — [2]) Fr. 29 § 7 ad l. Aq. 9, 2; fr. 2 § 20 ui b. r. 47, 8: si publicanus pecus meum abduxerit, dum putat contra legem uectigalis aliquid a me factum, quamuis erauerit, agi tamen cum eo u. b. r. non posse Labeo ait: sane dolo caret; si tamen ideo inclusit, ne pascatur et ut fame periret, *etiam* utili lege Aquilia. Degenkolb (S. 128) bezieht diese Stelle mit grosser Bestimmtheit lediglich auf das commissum, d. h. auf verwirktes Vieh. Der Wortlaut und die Parallelstelle scheinen mir entschieden gegen den Gedanken an ein commissum zu sprechen. Den Zusammenhang aber, wie ihn D. annimmt, zwischen einer Ansicht Labeos über irrtümlich weggeführtes Vieh und dem Erlasse der diui fratres über irrtümlich eingeführte Sklaven (fr. 16 § 10 de publ. 39, 4) vermag ich nicht zu erkennen. — [3]) Ὀνόματι τοῦ τέλους. An der Richtigkeit der LA. ist nicht mehr zu zweifeln; vgl. Lenel, Ed. S. 311 A. 9. — [4]) Labeo 2, 250. — [5]) Gaius 4, 32.

mittel vor, das den Privaten übertragen wird [1]). Damit könnte denn Neros berühmtes Steueredikt in Beziehung stehen: den Statthaltern wird eine schärfere Verwaltungsaufsicht über die Publicanen zur Pflicht gemacht, da ihre Uebergriffe nach Abstreifung der LAformalitäten bedenklicher erschienen [2]). Dagegen das prätorische Edikt stammt noch aus republikanischer Zeit [3]): es muss noch die p. c. in Legisaktionsform in praktischer Uebung vor Augen gehabt haben [4]).

2. Von grösserer Tragweite scheint es, dass den Publicanen das Eigentum an den gepaschten Waren ohne weiteres (ipso iure) verfällt. Diese Befugnis wird den Steuerpächtern ebenfalls durch die lex censoria verliehen. Das ist bezeugt und an sich sehr wahrscheinlich [5]). Allein ich meine, auch

---

[1]) L. met. Vip. 35, 42, 46 (Bruns p. 144); vgl. dazu die Bemerkung von Bruns, kl. Schriften 2, 305. — [2]) Tacitus ann. 13, 51. — [3]) Labeo fr. 4 ht. — [4]) Ganz entschieden zu weit nach der anderen Seite geht Degenkolb (S. 114 ff.), wenn er jede Beziehung des Edikts zum Pfändungsrechte läugnet und es auf selbständige Erpressungen der Publicanen bezieht. Er versteht die Worte *ui adimere* „wider Willen wegnehmen". Daraus folgert er, an die Steuerpflichtigen könne dabei nicht gedacht sein; denn dann würde das Edikt gerade den wahrhaft Hilfsbedürftigen, der sich nicht wehren könne, nicht schützen, sondern nur den, der sich widersetze (S. 112 f.). Diese Erklärung von *uis* ist m. E. hier unzutreffend: *ui* bezeichnet entweder wider Verbot (des Angegriffenen) oder gewaltsam (atrociter); beides scheint mir D. zu vermischen. *Vi adimere* aber bedeutet auch sonst mit uis atrox wegnehmen (fr. 31 pr. de A. E. 19, 1). Und dass hier daran gedacht ist, zeigt Labeo (fr. 4 pr. ht.), der die Klage als a. poenalis genau wie das int. de ui behandelt, und zeigt ferner die Zusammenstellung mit furtum und damnum iniuria datum. Schliesslich wäre nicht einzusehen, weshalb Publicanenerpressungen glimpflicher geahndet werden sollten als Raub und Diebstal Privater. — [5]) Die Sache ist freilich nicht so ganz unzweifelhaft. Varro de RR. 2, 1. 16: (greges ouium) ad publicanum profitentur, ne, si inscriptum pecus pauerint, *lege censoria committant.* Heyrovsky (S. 49) versteht die Schlussworte: es (das Vieh) nach der lex c. verwirken. Sprachlich könnte man es mit mehreren älteren Herausgebern sicher = *in legem committere,* 'gegen die lex verstossen', fassen. Der Ablativ ist für beide Bedeutungen gleich eigentümlich und m. W. sonst nirgends bezeugt. Fr. de i. fisci § 18 ist auch nicht entscheidend: *capite legis censoriae* cauetur, ut non tantum, cum quid . . (Lücke von einer oder zwei Zeilen) praestatur, cuius rei omissa professio *commisso* intra quinquennium locum facit. Denn es lässt sich nicht feststellen, ob die letzten Worte den Inhalt der lex angeben. Der Indicativ spricht dagegen.

hier lässt sich ein Recht des States annehmen, das auf die Pächter übertragen wurde; das öffentliche Recht wurde durch den Verdingungsvertrag nicht geschaffen, sondern nur gehandhabt.

Es ist schwerlich der richtige Ausgangspunkt für die Beurteilung der Commissionsfälle, wenn man sie als Strafe oder Straffolge auffasst, wie meistens geschieht. Neuerdings hat man mit vollem Rechte éinmal darauf hingewiesen, dass die Verwirkung sich von anderen Strafen wesentlich unterscheide[1]): die Strafe tritt hier sofort mit der rechtswidrigen Handlung ein, indem der Rechtsverlust sich daran als notwendige Folge ohne weiteres anknüpft; sonst erfordert der Strafvollzug durchgängig ein verurteilendes Erkenntnis. Dann aber ist es nicht zu bezweifeln, dass es auch im praktischen Rechte noch Fälle von Verwirkung gibt, wo diese weniger als Strafe denn als Vorteil für den gedacht ist, der das Verwirkte erwirbt, wo sie als „gesetzliche Conventionalstrafe“ erscheint[2]). Es ist höchst wahrscheinlich, dass der zweite Gesichtspunkt im älteren Rechte der ausschliesslich massgebende war.

Von den Verwirkungsfällen des römischen Rechtes stammen der der Selbsthilfe und der des Hausmiteigentümers erst von Marc Aurel[3]); der des coniunx binubus ist bekanntlich sehr viel jünger. Da ist nun allerdings kein Zweifel, dass der Rechtsverlust an den Schuldner bei Selbsthilfe als wahre Strafe für ein Vergehen eingeführt ist: der Kaiser verweist ganz ausdrücklich auf die uis, welche geübt worden sei. Dagegen liegt die Sache schon anders beim Miteigentümer. Die Verordnung, dass der Miteigentümer seinen Anteil am Hause verwirken solle, wenn er dem Socius nicht seine Auslagen für Ausbesserungen ersetze, steht im engsten Zusammenhange mit M. Aurels sonstigen baupolizeilichen Bestimmungen[4]). Namentlich gehört dazu die Gewährung eines priuilegium exigendi an den Darleiher von Geld zum Wiederaufbaue eines Hauses[5]). Man könnte danach den Erwerb des Eigentumsanteils als eine Ver-

[1]) Thon, Rechtnorm und subj. Recht S. 29 f. — [2]) Thon S. 39 f. — [3]) Fr. 13 q. m. c. 4, 2; fr. 52 § 10 p. soc. 17, 2. — [4]) Bachofen, ausgewählte Lehren S. 223 ff. — [5]) Fr. 24 § 1 de reb. auct. iud. 42, 5; fr. 1 in quib. c. pign. 20, 2.

stärkung der Befugnisse des Socius auffassen, da dieser einer öffentlichen Pflicht genügt, vielleicht dem Drängen des curator reipublicae nachgegeben hat[1]; man glaubte ihm die schärfsten Zwangsmittel zur Verfügung stellen zu müssen. Jedesfalls findet man keine Spur einer Strafabsicht.

Die Verwirkung der der Steuer entzogenen Gegenstände, von denen hier die Rede ist, erscheint den Juristen der späteren klassischen Zeit ohne Frage als Strafe[2]. Man darf indessen zweifeln, ob dies der ursprüngliche Standpunkt war. Denn die römischen Juristen kommen 1) arg mit ihrer Theorie in Verlegenheit, wenn der Schwärzer selbst gestorben ist: die Erben können offenbar aus seinem Vergehen voll belangt werden. Das ist dem Grundsatze entschieden zuwider. Die Juristen erklären es demgemäss für etwas eigentümliches, und rechtfertigen es aus der Natur der gewählten Strafe; die Klage stehe dem Fiscus auch gegen den dritten Erwerber zu[3]: als ob éine Besonderheit die andere stützen könnte! Auf das Gleiche führt 2) die Behandlung der Unmündigen und Minderjährigen. Für jene verfügte Marcus, sie sollten nicht haften, wenn sie den Zoll binnen 30 Tagen nachzahlten[4]. Bis dahin also verfiel die von ihnen gepaschte Ware. Und doch verpflichteten sie sich nach der vorjulianischen Lehre durch Verbrechen überhaupt nicht oder wurden (wegen Diebstales) milder bestraft; seit Julian aber macht die doli capacitas einen wesentlichen Unterschied[5]. Weder die alte noch die neue Theorie wird hier beachtet. Die Minderjährigen werden (nach Papinian?) restituiert, also nicht etwa begnadigt[6]. Das ist ebenfalls gegen die Regel: denn wider Delikte wird grundsätzlich die Wiedereinsetzung verweigert[7]. Geringeres Gewicht lege ich 3) darauf, dass die Verwirkung trotz tatsächlichem Irrtume eintreten soll: erst Marcus hat diesen Satz ziemlich willkürlich geändert[8]. Denn die Behandlung des Irrtums im römischen Strafrechte ist eine unsichere und schwankende; man darf jedesfalls nicht ohne

---

[1]) Fr. 46 pr. de dam. inf. 39, 2. — [2]) Fr. 8, fr. 14, fr. 16 § 3 de publ. 39, 4. — [3]) Fr. 8, fr. 11 § 3, fr. 14 ht. — [4]) Fr. 7 § 1 ht. — [5]) Statt aller Labeo 1, 216 ff. — [6]) Fr. 9 § 5 de min. 4, 4. — [7]) Paulus 1, 9. 1; fr. 37 § 1 de min. 4, 4. — [8]) Fr. 16 § 10, vgl. § 3 § 5 sq. de publ. 39, 4.

weiteres Straflosigkeit bei irrtümlichem Vergehen behaupten [1]). Hiezu aber treten noch andere Momente. 4) Die Verwirkung des Eigentums an einzelnen Sachen unmittelbar zu Gunsten der Statskasse und Privater kommt auch sonst im 1. Jh. vor; da hat sie aber gar nicht den Charakter einer Strafe. In der Bergwerksordnung für Vipasca wird bestimmt: dem bannberechtigten Barbiere solle das Rasierzeug des unbefugten Konkurrenten verfallen sein und ihm ausserdem eine Busse gezahlt werden [2]). Diese auf eine feste Summe normierte Busse hat ersichtlich den Charakter eines Zwanges zum Unterlassen, einer gesetzlichen cautio de non amplius turbando. Die Verwirkung der *ferramenta* dient dazu, die Nötigung zu verstärken; anscheinend hat sie noch den Nebenzweck, den Wettbewerb Unbefugter für künftig unmöglich zu machen [3]). Der Gedanke der Strafe aber liegt hier ganz fern. In einem späteren Kapitel der lex ist die commissio erst durch Ausfüllung einer Lücke in den Text gekommen [4]); aber die Ergänzung scheint völlig sicher. Danach tritt dann die Verwirkung als neues Verstärkungsmittel zu der ohnehin sehr energischen Zwangsvollstreckung der Bergwerkspächter, der pignoris capio, hinzu; auch hier ist von Strafe nicht die Rede. Wer von aussen Erze in das Gebiet des Bergwerks bringt und dort ausschmelzt, der soll eine bestimmte Abgabe für die Benutzung des Grund und Bodens, vielleicht auch der dort befindlichen Anlagen an die Pächter zahlen; dagegen ist ihm das Hereinbringen *(rutramina inferre)* gestattet. So liegt also eine gewöhnliche Schuld vor, wie die der Zollpflichtigen gegenüber den Publicanen. Diese soll mit pignoris capio beigetrieben werden und bei Nichtzahlung das ausgebrachte Metall verfallen sein [5]). Ganz in der nämlichen Weise haben wir uns jedesfalls auch das Verhältnis bei der Zollpachtung geordnet zu denken, als Verstärkung der Exekutionsmittel. Fasst man die Verwirkung

---

1) Labeo 2, 53 f. — 2) L. met. Vip. Z. 39 (Bruns p. 144): qui ita tonstrinum fecerit, in sin[gulos ferramentorum usus X . .] conductori . . dare debeto et ea ferramenta commissa conductori sunto. — 3) So Hübner p. 179. — 4) L. met. Vip. Z. 54 (Bruns p. 145): conductori . . . pignus capere liceto et quod eius scauriae purgatum . . frac]tum cretum lauatumque erit . . . [commissa ei sunto, nisi quid]quid debitum erit conductori . . solutum erit. — 5) Vgl. Hübner p. 183 sq.

so auf, so tritt 5) ihre Gleichartigkeit mit der lex commissoria des Privatrechts deutlich zu Tage. Das private Faustpfandrecht ist doch wol eine Nachbildung der statsrechtlichen pignoris capio [1]) oder wenigstens mit dieser auf demselben Boden erwachsen. Der bekannte Satz des lateinischen Bündnisvertrages [2]) lässt sich m. E. nur so erklären: der Gläubiger soll das Deckungsobjekt, das er sich zu verschaffen gewust hat, bis zur Befriedigung durch den Schuldner behalten dürfen. Hier, im internationalen Verkehre, ist also die Selbsthilfe gut geheissen. Ein weiterer Schritt ist dann, dass die Sache geradezu als Deckung formlos hingegeben wird [3]). Die Abrede, dass die Sache im Falle der Nichtzahlung ins Eigentum des Gläubigers übergehen solle, hat sich vielleicht bei der fiducia herausgebildet: da würde sie sich als Verzicht auf die obligatorische Rückforderungsklage darstellen. Jedesfalls aber ist sie sehr früh für das formlose Pfandrecht bezeugt [4]). Danach aber erscheint diese Vereinbarung als stärkster Druck auf den Schuldner, um ihn zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten zu nötigen; neben die tatsächliche Entziehung des Wertstückes durch das pignus tritt die rechtliche. Der Gedanke dagegen [5]), dass hier eine Hingabe an Zahlungsstatt vorliege, scheint mir verfehlt. Denn die Abrede, dass der Gläubiger das Pfand verkaufen dürfe, ist erst späteres Ursprunges: die anscheinend so einfache Idee, dass er sich aus der Sache befriedigen dürfe, war der älteren Zeit noch fremd. Die dominii impetratio zeigt, wie wenig von vornherein das Zuschlagen des Pfandes für die Schuld im Gedankenkreise der Republik lag. Bei der hier vertretenen Anschauung erhält allerdings die lex commissoria eine starke Aehnlichkeit mit der römischen, nicht mit der heutigen Conventionalstrafe [6]). Der Anfall des Eigen-

---

[1]) Puchta, Inst. 1 § 248 S. 249. — [2]) Festus v. nancitor p. 166: item in foedere Latino: ***pecuniam quis nancitor habeto*** et: ***si quid pignoris nanciscitur*** (nanxsitor?) ***sibi habeto.*** — [3]) Labeo 1, 424 f. — [4]) Cato de RR. 146, 2: . . quae in fundo inlata erunt pigneri sunto. nequid eorum de fundo deportato. siquid deportauerit, domini esto; Cicero ep. 13, 56. 2 (**ὑποθῆκαι** commissae). Hierher rechne ich auch die fiducia commissa Cicero p. Flacco 51; denn wie sollte zwischen Nichtrömern eine Mancipation stattgefunden haben? — [5]) Z. B. Römer, Leistung an Zahlungsstatt S. 152. — [6]) Die römische dient regelmässig zur mittel-

tumes an den Publicanen wie an den Privatgläubiger erfolgt ohne eine Erwerbshandlung ipso iure. Das ist 6) eine Besonderheit im Privatrechte; aber es ist selbstverständlich nach den Satzungen des öffentlichen Rechtes: man braucht nicht eine eigens ausgedachte Strafe anzunehmen. Ueberall wo der Stat aus verschiedensten Gründen Vermögensgesamtheiten oder Einzelrechte erwirbt, da bedarf es keines den Anfall vermittelnden Aktes, wie der Tradition oder der Erbantretung [1]. Man wird diesen Grundsatz trotz neuerlicher Bestreitung festhalten müssen [2]. Und so vereinigt sich, scheint mir, alles zu dem Ergebnisse, dass den Statspächtern die commissio zur Verstärkung der pignoris capio in der Weise gewährt wurde, wie sie dem State selber zustand.

---

baren Erzwingung unklagbarer Abreden, die heutige als Voranschlag des möglichen Interesses wegen Nichterfüllung.

[1]) Mommsen 1, 163. 230. — [2]) Der Ausdruck *uindicare fisco* (aerario, populo) für diesen sofortigen Anfall ist technisch; er findet sich bei der Verwirkung (fr. 11 § 4, fr. 16 § 8 ht. 39, 4), beim Schatzerwerbe (fr. 3 § 10 de I. F. 49, 14), bei den bona caduca (Ulpian 17, 2) und uacantia (Labeo 1, 247). Trotzdem läugnet man immer noch den ipso iure Anfall des erblosen Vermögens an den Stat (Birkmeyer, Vermögen S. 244 f.). Die Berufung darauf, dass *uindicare* auch für den Privaterben von Erhebung der Erbschaftsklage gebraucht werde (fr. 8 de H. P. 5, 3), ist genügsam. Heredi uindicatur — es kommt auf den Dativ an — wird man vergeblich suchen. Und natürlich handelt es sich beim State nicht um eine eigentliche her. petitio oder Vindication; denn die Fälle gehören nicht vor den Prätor, sondern vor das Verwaltungsgericht. Selbstverständlich sieht der Stat die Erbschaft an, ehe er sie behält, und es werden tatsächliche und rechtliche Erwägungen angestellt (fr. 13 pr. § 1 de I. F. 49, 14; fr. 40 § 17 § 20 de fideicomm. lib. 40, 5). Die „ungenauen Ausdrücke“ *adgnoscere, spernere* u. dgl. sind daher so gut erklärlich, wie das *cernere hereditatem* für eine auswärtige dem Volke zugefallene Erbschaft (Cicero de l. agr. 2, 40; Labeo 1, 265). Dass zu diesen ungenauen Wendungen *deferre hereditatem* regelmässig nicht gehört, hätte man nicht bestreiten sollen. Bei Gaius 2, 150 ist der Ausdruck ebenfalls zweideutig von den *caduca* gebraucht.

II.

Zu den Lehren von L. A. sacramento, dem Utipossidetis und der Possessio.

(Schultze — Dernburg — Brinz.)

Von

E. I. Bekker.

I.

Ueber einige neueste Versuche unser Wissen von den oben genannten Rechtsgebilden zu erweitern ist hier kurz zu berichten. Bei der L. A. sacr. stehen bekanntlich zwei Gruppen von Anschauungen einander ziemlich schroff gegenüber. Die Einen lassen sich darin genügen, die erhaltenen Bruchstücke der Ueberlieferung zu einem Gesammtbilde zu kombiniren, so gut wie das sich eben machen lassen will, one viel nach dem Woher des ganzen Instituts zu fragen. Wird hiebei das Verfaren als ein „pignoribus certare" bezeichnet, so ist das ziemlich harmlos, da über die Regeln eines solchen „pign. certare" ausserhalb der L. A. wenig bekannt ist: wie beim Sakramentsstreit behält der Sieger sein Pfand, der Unterliegende verliert das seine, ob an den Sieger oder an den Schiedsmann, als Lon seiner Mühen, gleichviel. Tiefer suchen die Andern einzudringen, die das Wort „sacramentum" als Leitstern betrachten, und sich an der freilich recht nüchternen Ueberlieferung „quod in sacro deponebatur" nicht genügen lassen mögen. Das ganze Verfaren habe unter der Aufsicht der pontifices gestanden, „sacramentum" sei ein Schwur, zweifellos ein religiöser Akt gewesen, es komme darauf an, diesem seinen Platz und seine ursprüngliche Bedeutung in dem Verfaren zuzuweisen. Darauf erwidern die Ersten, dass, zugegeben selbst die Richtigkeit dieses Grundgedankens, dennoch fraglich bleibe, ob die gegenwärtige Beschaffenheit der Quellen gestatte, auf dem bezeichneten Wege bis zu

annembaren Resultaten vorzudringen, und das gerade das Verhalten der Gegner hiewider zu zeugen scheine, von denen Jeder Jeden bekämpfe, das „sacramentum" anders ausdeute als die Andern.

Jezt ist Schultze-Strassburg in ausfürlicher Darlegung (Privatrecht und Prozess in ihrer Wechselbeziehung I) für eine Ansicht eingetreten, die ihn nicht zwischen die Parteien stellt; auch er sieht in dem sacramentum eine eidliche Bekräftigung, und würde also, wenn es bei der Bildung der Gruppen sein Bewenden behielte, der zweiten beizuzälen sein. Aber indem er dem Eide doch nur sekundäre Bedeutung beilegt, schwinden manche der von der andern Seite erhobenen Bedenken; er hat auf vieles verwiesen, das seiner Meinung, abgesehen von deren paradoxer Fassung, den Schein der Richtigkeit verleiht; und wäre sie richtig, so würde damit ein bedeutender Fortschritt unserer Kenntnis nicht blos der Römischen Prozessrechtgeschichte begründet sein.

Wie Andere vor ihm knüpft S. die Entstehung der Legisaktionen an die Selbsthülfe:

> ursprünglich war die L. A. nackte und durchaus einseitige Vollstreckung des durch die Lex geschaffenen und zugleich ausser Zweifel gestellten Rechtes durch die Berechtigten . . . . (S. 454)
> das sind die ältesten Formen der L. A., nämlich die „manus iniectio" und die „pignoris capio".

Dagegen sagt er (S. 443):

> das Wesen und die rechtliche Natur des „sacramento agere" ist meines Erachtens bisher noch nicht erkannt und erklärt worden.

Seine eigene Auffassung gibt er kurz dahin an:

> Das Ritual der L. A. sacramenti ist nicht die Klage und deren Beantwortung, nicht die blosse Behauptung eines Rechtes im heutigen Sinne und dessen Bestreitung, sondern es ist das Urteil, gesprochen von der Partei unmittelbar auf Grund der Lex. Das feierlich formulirte und feierlich durch Sacramentum erhärtete
>
> aio te mihi C. dare oportere
>
> oder
>
> aio hanc rem meam esse ex I. Q.

ist das durch Sacramentum, d. h. ursprünglich warscheinlich durch Eid, später durch Deposition oder Versprechen der summa sacramenti erhärtete Partei-Urteil, welches der Rechtskraft fähig ist. — Ob diese Rechtskraft des Parteiurteils sofort eintritt oder nicht, hängt zunächst von dem Verhalten des Angegriffenen ab u. s. w. (S. 455).

Streifen wir zunächst ab was besonders Bedenken zu erregen geeignet scheinen möchte. Ist irgend welche Lex im stande Rechte, d. i. subjektive Rechte nicht blos zu „schaffen", sondern auch „ausser Zweifel zu stellen?" Ehrlich gestanden ich wüsste nicht Wie[1]); und selbst das „Schaffen" leistet sie doch nur in seltenen Fällen (als constitutio personalis) allein, wärend sie überall sonst der Mitwirkung zeugender Vorgänge bedarf. — Und das „aio etc." des Legisaktionsklägers soll ein „Urteil" sein? Wir sind dermassen an den Satz gewönt, dass in eigner Sache niemand Richter sein könne, dass uns das „Partei-Urteil" an sich fast schon als Widerspruch in sich erscheint; sodann meinen wir, das „Urteil" solle nach gefürter Verhandlung das Verfaren beschliessen, hier aber wird gerade das erste Stück der Verhandlung „Urteil" geheissen. Uebrigens sind unsere widerstrebenden Anschauungen doch auch keineswegs ausschliesslich moderne. Wo in den alten Manusinjektionsprozess der Vindex eintrat, wurde aller Warscheinlichkeit nach irgend ein Gericht bestellt, in dem so wenig der Injizient wie der Vindex platz fanden, und das nach verhandelter Sache „urteilte". Und im Sakramentsprozess, falls der Angegriffene widerspricht wird gleichfalls ein von den Parteien unterschiedenes Gericht bestellt, das nach dem Schluss der Verhandlungen „urteilt". Offenbar ist dieses richterliche Tun von dem Tun der Partei, das den Sakramentsstreit einleitet, recht erheblich verschieden, und so lange wir das eine speziell „Urteil" heissen, scheint es wenig angemessen auch das andre mit demselben Namen zu bezeichnen. Einigen wir uns lieber auf den umfassenderen Ausdruck „Spruch"; „Richtersprüche" und „Parteisprüche" können ja zweifellos nebeneinander bestehen.

[1]) Schultze äussert sich hierüber näher S. 494 in einer für mich wenig überzeugenden Weise; ich komme später darauf zurück.



In der Tat hat das, was Schultze „Partei-Urteil" nennt, mit einem gemeinen, d. h. „Richter-Urteil" gar keine Aenlichkeit betreffs des Zustandekommens, aber die grösste betreffs seiner Wirksamkeit: es kann „rechtskräftig" werden, wenn man vor dieser Verwendung des modernen Ausdrucks nicht zurückschreckt. Folgen wir ihm, trotz Ablenung des Namens, in der Sache, so findet zunächst das „sacramento agere" die gefälligste Erklärung. Der Spruch der Partei, der den Gegner überwand, musste ein feierlicher in Gegenwart der pontifices geleisteter, „sacramento" unterstüzter sein. Das Formular dieses „sacramentum" bleibt unbekannt, ebenso die ältesten Straffolgen des zu unrecht geleisteten. Dass im Laufe der Zeiten der religiöse Charakter sich verwischt, das praktische Strafpfand aber festgehalten und auf dieses der Name „sacramentum" übertragen wird, noch später ein Versprechen das Depositum ablöst, das alles entspricht dem gewönlichen Gange der geschichtlichen, und insbesondere auch der sprachlichen Entwickelung. In den Ausdrücken „sacramentum iustum — iniustum" findet sich noch ein Nachklang der alten Bedeutung.

Ebenso gewinnt die in iure cessio an Durchsichtigkeit. Der bisherigen Lehre macht die genaue Angabe des die Eigentumsübertragung eigentlich bewirkenden Moments Schwierigkeit: wo dieses nicht im Spruch des Vindikanten gesucht wird, muss es entweder in das indifferente Verhalten des Gegners, was wenig plausibel, oder in eine Erklärung des Prätors verlegt werden; aber wo sonst übertragen prätorische Erklärungen civiles Eigentum? Seiner Grundanschauung getreu sagt S.:

> die I. I. C. ist in ihrem Anfange wirkliche Vindikation gewesen mit hinzutretender confessio, nicht Scheinvindikation. Sie ist so lange wirklicher Prozess [aber doch kein Rechtsstreit] gewesen und geblieben, als eben die L. A. S. das ordentliche Prozessverfaren war (S. 459).

Im Prozess in personam ist der Spruch des Angreifers eine „damnatio". Ueber die Bedeutung dieses Wortes und der verwanten in den älteren Quellen sehr gewönlichen Ausdrücke „damnas esto" usw. kann ich mit S. nicht ganz

zusammengehen. Ich bin gelehrt, darin die „Verpflichtung zum Geben“ zu sehen, angezeigt durch ein Gebilde derselben Wurzel aus der „δίδωμι“ und „dare“ erwachsen sind (vgl. u. a. G. Curtius, Griech. Etym. v. „damnum“); Schultze scheint (S. 494 f.) jede „damnatio“ für eine „Verurteilung“ zu halten; überlassen wir die Entscheidung den Filologen, in der Hauptsache kommen wir darum nicht weit auseinander. Also: das „aio te mihi dare oportere“ ist „damnatio“, aber freilich einstweilen von bedingter Wirksamkeit. Erfolgt die Erklärung der Uebereinstimmung (confessio, „fateri“ ursprünglich „sagen“, nicht „eingestehen“), so wird die Damnation dadurch vollkräftig; desgleichen sobald gehöriger Widerspruch, an der Stelle und zu der Zeit wo er zu erheben war, ausbleibt (wenn der Beklagte „neque ait neque negat“). Anders falls der Beklagte gehörig widerspricht „negat“, hier fürt der Verlauf des Sakramentsverfarens zu dem Spruche eines Gerichts, der wenn er für den Kläger lautet als „condemnatio“, also geheissen wegen ihrer Uebereinstimmung mit der klägerischen Damnation, den Beklagten definitiv bindet, oder als „absolutio“ die bedingte Gebundenheit desselben definitiv aufhebt. Hierin der Grund, weshalb iudicatus und confessus und der Auslassung Weigernde gleich zu behandeln sind, freilich mit einer Herleitung, die den bekannten sorgfältigen Ausfürungen von Demelius stracks zuwiderläuft, daher S. wider diese auch eingehend polemisirt (S. 477 f.). Die Schultzesche Auffassung erklärt zugleich, warum die Anwesenheit des Beklagten in iure bei der Legisaktion unentbehrlich war: ein Spruch von so eminenter Wirksamkeit musste notwendig an die strengsten Voraussetzungen geknüpft sein, er durfte nur öffentlich, nur vor den höchsten Beamten, nur mit religiöser Feierlichkeit vorgenommen werden; aber noch näher als dies alles lag für den gesunden Menschenverstand das Erfordernis, dass er vernommen werden musste von demjenigen, gegen den er sich kehrte und den er bei unterbleibendem Widerspruch unabweislich gebunden hätte. — Noch mag erwänt werden, dass nach dieser Auffassung der zugeschobene Eid nicht eigentlich als Erfindung des prätorischen Rechtes mehr gelten dürfte, eher als ein Ueberbleibsel, oder doch als Nachbildung des altcivilen Sakramentsverfarens:

die historische Entwickelung dieses einseitigen eidlichen Partei-Urteils aus dem früher möglichen beiderseitigen Urteil, selbst wenn wir ein bestimmtes Gesetz dafür nicht sollten nachweisen können, ist doch mit Sicherheit zu vermuten (S. 514).

S. betont, dass „der Inhalt genau derselbe“, sodann dass „die Wirkung des neuen sacramentum genau die des alten“. Savigny habe sich bemüht, die Verschiedenheit des in iure und des in iudicio geschworenen Eides zu verwischen; in der Tat bestehe ein fundamentaler Gegensatz zwischen beiden (S. 517 f.).

Dass der Spruch dem Sprechenden, überhaupt einseitiges Tun dem Handelnden Recht schaffe und Andere binde, ist ein Satz den das neue Recht stark eingeschränkt hat, und der darum in dem allgemeinen Rechtsgefül der Gegenwart ein sehr bescheidenes Plätzchen einnimmt. Im alten Rom war das anders. Beschränken wir uns auf das ius priuatum, und nemen auch von diesem nur was uns eben einfällt, so ist zu erinnern an die Operis noui nuntiatio und deren Nachbild die Prohibition, an die Okkupation der Statsländereien, an die Damnationen und Nunkupationen bei den Geschäften per aes et libram. Der leztern gedenkt auch S., doch kommen wir wiederum deshalb nicht ganz überein, weil er auch in diesen Damnationen durchweg Parteiurteile sieht. — Ich möchte noch weiter gehen: dass bei dem Römischen Hauptvertrage, der Sponsion und Stipulation der werdende Gläubiger den den Inhalt des Geschäfts bestimmenden Spruch zu tun, der werdende Schuldner nichts als ein farbloses Ja zu sagen hat, weist gleichfalls auf die berechtigende Kraft des Worts; bei der Entwickelung des Litteralkontrakts scheint vielfach mehr Gewicht auf das Buch des Gläubigers als auf das des Schuldners gelegt zu sein; schon die XII Tafeln kennen eine sehr kräftig entwickelte Acquisitivverjärung, wärend die Ausbildung der Exstinktivverjärung viel späteren Zeiten angehört.

Dieser Gegensatz moderner nnd altrömischer Rechtsanschauungen ist nicht unverständlich. Das Recht der Zwölftafeln und der Legisaktionen baut sich in junge Kulturverhältnisse ein, wir leben in relativ alten. Bei uns ist jedes

Stück vergeben, jedes steht im Rechte eines oder mehrer Menschen, die Aufgabe des Gesetzgebers ist vornemlich zu konserviren, Jedem das Seine zu erhalten. Daher die Regel, dass Niemand was er hat anders als durch eigenen Willensakt verlieren könne; jede Abweichung erscheint uns als besonders zu begründende und zu rechtfertigende Ausname. Das altrömische Recht stand noch der Periode des allgemeinen Zugreifens näher, an erster Stelle sah es eine Aufgabe darin, den Erwerb zu regeln, und dass offenes und zugleich unbehindertes Nemen und Behaupten Erwerben sei, entsprach der Aequitas und den Mores jener Tage unzweifelhaft.

Ist die Schultzesche Theorie richtig, so hört die L. A. sacr. auf ein Kuriosum zu sein, sie erscheint uns wieder vernünftig und notwendig, Anschauungen die bekanntlich den Römern zu Ciceros Zeit bereits abhanden gekommen waren. Wärend sie denselben Gedanken Ausdruck gibt, die auch das materielle Recht beherrschen, bildet sie zugleich ein unentbehrliches Mittelglied in der Geschichte der Prozessformen. Die neueren Entwickelungen, Uebergang des L. A.prozesses in das Formularverfaren, von diesem in den Justinianischen Libellprozess, weiter zum Italienischen, gemeinen Deutschen, endlich zum Prozess vom J. 1879 waren auch früher schon genügend bekannt; jezt ist auch der Rückblick klargelegt. Manus iniectio und Pignoris capio ist die in statliche Zucht und Ordnung genommene Selbsthülfe, recht wol geeignet zur Durchfürung gekränktes Rechtes wider die Kränkung, aber schlecht geeignet zur Feststellung des Daseins der Kränkung und des Rechtes selber. Die Erkenntnis, dass ein Recht nicht blos durchfürungs- sondern auch feststellungs-bedürftig sein könne, treibt zur Herstellung einer neuen Prozessform. Diese konstatirt erst die Feststellungsbedürftigkeit; tritt dem offenfeierlichen „aio“ kein gleichwertiges „nego“ entgegen, so ist das Recht festgestellt, es bedarf keines weiteren Verfarens; bei gleichwertigem „nego“ wird die Feststellungsarbeit Dritten, einem „iudicium“ übertragen.

Nach der Schultzeschen Anname würde aber auch eine gewisse Uebereinstimmung der Bedeutung des „sacramentum“ mit der des Eides in dem Prozesse der stammverwanten Germanen nicht zu verleugnen sein.

Dies wird ausreichen, um den bestehenden Schein zu erklären, den die neue Sakramentstheorie für mich besizt. Freilich ist's ratsam gerade bei Lösungen, die besonders einfach und befriedigend ausschauen, doppelt vorsichtig zu sein; dennoch muss ich die Formulirung spezieller Bedenken einstweilen Andern überlassen, obschon ich das Buch meines hochgeschäzten Freundes mir recht gründlich angesehen zu haben vermeine, und dabei auch auf mancherlei gestossen bin, das mich keineswegs überzeugt hat. Beispielsweise glaube ich noch immer, trotz Huschke und Schultze S. 383 nicht daran, dass die L. Aebutia ein grosses reformatorisches Gesetz gewesen, sondern halte fest an den Anschauungen die ich in dieser Zeitschrift V S. 341 f., vgl. Akt. I S. 90 f. über den allmälichen Uebergang der Legisaktionen in den Formularprozess dargelegt habe. Und wärend ich den Satz:

> die richtige Erkenntnis des Römischen Formularprozesses ist die erste Vorbedingung der definitiven Ausscheidung misverstandener und abgestorbener Römischer Begriffe aus dem heutigen Rechte

rückhaltslos unterschreibe, bekenne ich die Schultzesche Auffassung des Formularprozesses an vielen Stellen nicht zu teilen, insonderheit was die Anknüpfung der Konsumption betrifft (vgl. S. 272 und S. 330 f.); desgleichen, trotz den Bemerkungen S. 429 f. an meiner Unterscheidung des Römischen Obligationenbegriffs unbeirrt festzuhalten.

II.

Von den L. A. sacramento in rem zum Utipossidetis ist ein kleiner Schritt. In die Debatte über die geschichtliche Entwickelung von diesem Interdikt hat Dernburg eingegriffen mit der Festschrift für Zürich: „Entwickelung und Begriff des juristischen Besitzes des Römischen Rechts“. Sein Grundgedanke ist kein neuer, oder doch noch undiskutirter (Niebuhr — dagegen Puchta — wider diesen Schwegler), auch in der Begründung ist kaum neues zu entdecken; da aber Dernburg selber seinen Ausfürungen Bedeutung beizumessen scheint und die polemischen Spitzen derselben vorzugsweise gegen mich gekehrt hat, so darf hier einer freundnachbarlichen Auseinandersetzung platzgegeben werden.

Also: die Rechtsform für den am ager publicus durch Okkupation erworbenen Besitz, „Lehnbesitz", war die des precarium (S. 6); als Schutzmittel für diesen Lehnbesitz ist das Utipossidetis eingeführt, das gleiche sei für das Undeui anzunemen; von solcher Basis aus werde die ganze Entwickelung des Utipossidetis und das eigentümliche Wesen des juristischen Besitzes wol verständlich. Betrachten wir die einzelnen Behauptungen nacheinander:

A. War der Lehnbesitz an den agri occupatorii ein Prekarium?

Zunächst mag zugegeben werden, dass wir von diesem alten „Lehnbesitz" (ich halte an dem Ausdruck nur fest, weil gerade im Streit mit D. über den damit zu verbindenden Begriff kein Zweifel sein kann) sehr wenig wissen, vgl. z. B. Dernburg a. a. O. § 2, und dass wir von dem Prekarium in seiner ältesten Gestalt gleichfalls sehr wenig wissen, vgl. etwa Puchta-Krüger, Instit., oder Danz, Gesch. des RRs. 2. Aufl., daher wir dieser zweiseitigen Unwissenheit wegen von vornherein darauf verzichten mögen, einen dringenden Beweis der Unterschiedenheit beider Institute zu füren. Andererseits aber darf unsere Unwissenheit auch sicher nicht als Argument für die Gleichheit benuzt werden. Näher in Betracht kommen könnte

a) das auf beide bezügliche Wort „possessio". D. urgirt dies Argument, das schwächlich erscheint sobald man bedenkt, wie die Römer überhaupt gewönt sind, mit denselben Wörtern, z. B. „ius" „actio" „causa" „res", gar verschiedenartige Dinge zu bezeichnen, und wie gerade „possessio" auch noch allerlei Nebenbedeutungen hat, u. a. Usucapionsbesitz („possessione capere"), ein Begriff, der vom Prekarium und vom Lehnbesitz zweifellos weit abliegt.

b) Die Rechtsmittel. Dass das int. de precario beim Lehnbesitz nicht vorkommen konnte, gibt D. zu; dass das Utipossidetis mit demselben verknüpft gewesen, ist thema probandum.

c) Was sonst aus dem Digestentitel de precario zu entnemen ist, passt auch recht schlecht zum Lehnbesitz; keinerlei Andeutung, dass das Prekarium nicht von anfang an reines Privatgeschäft gewesen, vgl. z. B. fr. 1, fr. 2 § 2 h. t. —

Das Prekarium beruht durchweg auf „concessio", die nach Paulus, sent. V 6 § 11 auch stillschweigend geschehen konnte, ausnamsweise da in den Pandekten hievon keine Rede ist; das einfache Geschehenlassen seitens der Statsbehörden gegenüber der Okkupation der Aecker (dass irgend ein Akt der Kenntnisname stattgefunden, Register gefürt wären u. s. w., davon ist nichts bezeugt), dürfte keine „concessio" in diesem Sinne gewesen sein. Gewis scheint, dass Cicero, de l. agrar. III 11, und sein Gegner Rullus, so gross die Differenzen übrigens zwischen ihnen gewesen, doch darin völlig zusammengingen, die „concessa" und „possessa" („quae data donata concessa uendita . . . . quid deinde? possessa") für verschiedene Dinge zu halten. — Der Lehnbesitz beschränkt sich auf Statsgüter einer bestimmten Klasse, Prekarium an allem möglichen, Rechten wie Sachen, beweglichen wie unbeweglichen; das Prekarium kann auf Zeit bestellt, nicht vererbt auch sonst nicht veräussert werden, der Prekarist steht für culpa lata und ist wenigstens quasiobligatorisch verhaftet. Feststeht hiernach, dass das Digestenprekarium mit dem Lehnbesitz keine Aenlichkeit hat, und dass, wenn diese Aenlichkeit früher einmal bestanden haben sollte, weder hiervon noch von dem Gange des Umbildungsprozesses eine Nachricht auf uns gekommen, nichts derartiges bei Dernburg weder im § 2 noch an einer andern Stelle zu finden ist.

Hiernach ist die Identität des alten Prekariums mit dem Lehnbesitz nicht warscheinlich zu machen; und fallen beide Institute nicht zusammen, so felt jede Andeutung, dass das Utipossidetis und das Undeui zu irgend welcher Zeit dem Schutz des Lehnbesitzes gedient hätten, die ganze aufgestellte historische Entwickelung wäre lediglich aus der Luft gegriffen. Da aber das Zusammenfallen von Prekarium und Lehnbesitz doch nur als höchst unwarscheinlich, nicht als schlechthin unmöglich zu erweisen ist, so wenden wir uns zu der eventuellen Frage:

B. Gesezt dass der Lehnbesitz ein Prekarium gewesen, ist es warscheinlich, dass das Utipossidetis zum Schutze dieses Lehnprekariums erfunden und eingefürt worden?

Bruns hat meines Wissens zuerst das Utipossidetis mit einer Vindikation und das Undeui mit einer Negatoria ver-

glichen (Besitzkl. 63 f.), wobei er wesentlich auf den Erfolg dieser Rechtsmittel sieht; Dernburg (§ 3) macht das Utipossidetis zur „Vindikation des Lehnbesitzes", sieht aber viel mehr auf die Form des Verfarens (vgl. § 4) als auf die Voraussetzungen und den Erfolg:

> es ergibt sich, dass das Utipossidetis ein Abbild der Vindikation des Eigentums ist, eine Nachbildung in allen wesentlichen Punkten. Dies gibt ein gewichtiges Argument für die Anname, dass man wie durch die Vindikation den Allodialbesitz so durch das Interdikt den Lehnbesitz schützen wollte. Denn wenn der Prätor ein Klagerecht zum Schutz des Lehnbesitzes einführte, so wies Alles darauf hin, dass er die Vindikation zum Schutze des Allod zum Vorbild nam, und dass er sich hiebei möglichst an die hergebrachten Formen anschloss. Hätte er dagegen einen einzelnen für die Eigentumsklage wichtigen präparatorischen Punkt zur besondern Entscheidung bringen wollen, so wäre es fast unbegreiflich gewesen, wenn er die Weitläufigkeit des Vindikationsprozesses dadurch vermehrt hätte, dass er alle Formen und Umwege desselben widerspiegelte (S. 15).

D. steht also unter dem Eindrucke, den der äussere Schein des Verfarens auf ihn macht; im § 4 sind die Details aus dem Laufe des I. U. P., welche denen der L. A. S. in rem gleichen sollen, sorgfältig zusammengesucht.

Der ganze Aufbau dieser Argumentation ist verfelt: aus der vermeintlichen Uebereinstimmung der Formalitäten ist so viel gar nicht zu folgern. Zufällig sind in unsern Quellen manche Spezialitäten so des einen wie des andern Verfarens erhalten, andere sind uns verloren, und wir sind weit ab eine sichere Deutung aller erhaltenen geben zu können, der Fantasie bleibt noch ein unbehaglich weiter Spielraum. Manche Stücke, auf die D. Gewicht legt, wie z. B. die sponsio und restipulatio (Gai. 4, 165) als Analogie des Sakraments, sind nicht sowol Eigentümlichkeiten des Utipossidetis als des Interdiktenprozesses überhaupt. Die eigentümliche Zweiseitigkeit des Verfarens (vgl. D. S. 17) aber passt viel besser zur Erledigung eines Inzidentstreits über die

Besitzfrage, der im Laufe der Vindikation auftaucht, als zum Schutze des Prekaristen und Lehnbesitzers gegen äussere Störungen. Alles was zuzugeben, dass wenn jezt ein Verfaren zur Entscheidung jenes Inzidentpunktes zu erfinden wäre, wir auf den Interdiktenprozess nicht verfallen würden; auf diesen aber auch nicht zum Schutze des Lehnbesitzes.

Die Aeusserung (S. 27) „hätte man eine Prämie darauf gesezt, ein Verfaren zu erfinden, welches die Entscheidung über die präparatorische am meisten verwickelte unter den grössten Umschweifen erledigte[1]) u. s. w. erinnert an die verständnis- und liebevolle Beurteilung, die Cicero pro Murena den Gebilden des älteren Römischen Rechtslebens angedeihen lässt. Passte übrigens das Utipossidetisverfaren an die ihm beim Eigentumsprozesse zugewiesene Stelle wirklich so ganz und gar nicht, so war freilich die Uebertragung des I. U. P. von anderswoher (die D. S. 28, vgl. § 10 annimmt) „etwas Anderes", aber „nichts Gescheiteres" als die Erfindung für diesen Zweck.

Sodann. Bedurfte wirklich der „Lehnbesitz" eines der „Vindikation des Allodialbesitzes" änlichen Schutzes, warum griff der Prätor nicht zu einer utilis R. V. wie beim ager

---

[1]) Und doch soll Jemand, vgl. S. 14 Nr. 5, die Erfindung der interdicta retinendae possessionis „zu diesem Zwecke" als genial gepriesen haben. Wenn Dernburg meine Aktionen II K. 17 Nr. 23 und den Besitz S. 99—100 gelesen hätte, so würde er wissen, dass das Lob sich ausschliesslich auf die materiellen Grundlagen und die Präzisirung derselben im prätorischen Edikte bezieht, wärend ich von den Schnörkeln des Verfarens aus guten Gründen absah. Denn über derartige Aeusserlichkeiten pflegt zu verschiedenen Zeiten gar verschieden gedacht zu werden: was früher als nützlich ja notwendig gilt, wird später unbequem und lächerlich; der wahre Wert eines Rechtsmittels kann aus diesen Nebendingen nie ermessen werden. Aber wenn D. meinen Besitz gelesen, und nicht blos angeblättert hätte, so würde er auch zu S. 235 gekommen sein und gesehen haben, welche Verschiebung meine Ansichten im Laufe der Arbeit erfaren haben, und welche Auffassung des Utipossidetis die Grundlage meiner Kritik des Pandektenrechts bildet. Dass man übrigens fremden und eigenen Gedanken gegenüberstehn kann one gleich zu wissen, ob man sie „verwünscht gescheit" oder „herzlich dumm" heissen soll, das dürften Andere auch schon erfaren haben.

uectigalis und der superficies? und wenn es aus unerfindlichen Gründen schon im Interdikt sein sollte, warum ein prohibitorisches und kein restitutorisches, das der vorbildlichen Vindikation doch weit näher gelegen hätte? Warum ferner, wenn das zu schützende Recht nur auf bestimmte Statsländereien sich beziehen konnte und auf „concessio" sich stützen musste, warum geschieht in dem ganzen Interdikt dieser beiden wesentlichen Punkte gar keine Erwänung? Wie das Interdikt lautete, konnte jeder Possessor, auch der von Nichtstatsländereien und one Konzession, dasselbe eben so gut für sich benutzen, wie derjenige für den allein es bestimmt war. Ja beim Mangel einer exceptio iusti oder priuati dominii felte dem angegriffenen Gegner jedes Verteidigungsmittel gegen diese ungebürliche Ausnutzung des Interdikts. Statt dessen die kuriose exceptio uitiorum, für die hier kein rationeller Grund anzugeben ist. Ich möchte noch weiter gehn und im Gegensatz zu D., besonders S. 11, 12, behaupten, dass der Lehnbesitz des gerichtlichen Schutzes ursprünglich gar nicht bedurft habe. Die grossen Besitzer, in deren Händen sich die Latifundien finden, die die Herausgabe nach Umständen selbst dem State zu weigern wagen, die werden schon der Gemeinschaftlichkeit ihrer prekären Interessen wegen untereinander nicht viel gestritten haben, und am wenigsten geneigt gewesen sein, die Entscheidung ihrer Differenzen dem Magistrat in der Stadt zu unterbreiten; die kleinen Leute aber ihren Besitzungen fernzuhalten waren sie selber, sammt den von ihnen abhängigen Klienten und Sklavenscharen Manns genug. Auch das Schweigen der Quellen hierüber passt besser zu meiner als zu Ds. Meinung.

„Quellenzeugnisse" ist § 5 überschrieben, nämlich dafür, „dass das I. U. P. das Rechtsmittel zum Schutz der Possessoren am Gemeinland war". Angefürt werden nur zwei Stellen; einmal die vorerwänte Cicero de l. agr. III 11, aus der direkt nichts zu entnemen ist, als dass „concessa" und „possessa" verschiedene Dinge waren, und auf dem Wege der Analogie etwa noch, dass die Schutzmittel des Lehnbesitzes einer Einschränkung bedurft hätten zu gunsten von dem was Wer „eo iure teneret quo qui optimo priuatum". Zweitens Festus „possessio est, ut definit Aelius Gallus etc." One eingehende

Interpretation glaubt D. dieselbe für sich heranziehen zu können:

> dem Vf. dieser Nachricht liegt der Gedanke fern, dass die Regulirung der Besitzfrage präparatorisch für die Eigentumsklage sei. Im Gegenteil .... (S. 29).

Die Worte „in legitimis actionibus“ werden keiner Bemerkung gewürdigt. Es liegt aber nahe unter diesen „leg. as.“ zu verstehen die legis actiones sacramento in rem. Also wenn bei diesen ein Besitzstreit zu dem Eigentumsstreit hinzukommt, dann wagt Niemand den Besitz zu beanspruchen mit den Worten „aio possessionem meam esse ex I. Q.“, sondern das interdictum U. P. kommt zur Anwendung. Das wäre das direkte Gegenteil von dem, was D. herauslesen will.

C. Verknüpfung des Utipossidetis mit der Vindikation.

Mit der herrschenden Meinung nimmt Dernburg (S. 35 f.) wider Lotmar die Zweiseitigkeit der Vindikation im ältesten Vindikationsprozesse an, obschon sie „für unsere Vorstellung etwas Befremdendes“ hat. Vielleicht kann die Schultzesche Theorie beitragen, uns die Gedanken verständlicher zu machen, aus denen jene Zweiseitigkeit erwuchs. Eine Zeit, die auf das berechtigende Wort so viel gibt, muss auch zur Entkräftung gleichwertigen Widerspruch fordern: dem „aio rem meam esse ex I. Q.“ gegenüber genügt das einfache „nego“ eines Unbeteiligten nicht, der Widersprecher muss sich dem Sprecher durchaus gleichstellen, und wie dieser bereit sein, die Sache in feierlicher Gerichtsform zum Austrag zu bringen. — Die Quellen lassen die bei echter Zweiseitigkeit für uns naheliegende Frage unbeantwortet: „wie wenn der Richter beide Behauptungen unrichtig fand?“ D. meint, „dass die Frage für die Römer der alten Zeit nicht existirte. Der Richter musste entweder den Vindikanten oder den Kontravindikanten als Eigentümer anerkennen“ (S. 44—45). Das ist wesentlich dasselbe, was ich in den Aktionen I 207 vertreten habe: „prozessualisch notwendig, dass die Verneinung des Eigentums des Einen als Bejahung des Eigentums des Anderen ausgedeutet wird“. Ich sehe keinen Grund hievon abzugehn, möchte aber die weitere Vermutung Ds., „das relativ bessere Recht musste entscheiden“, nicht gern teilen, da ihr jede Spur

quellenmässiger Begründung abgeht, und die rechtliche Relativität gerade mit dem alten dominium ex I. Q. schwer vereinbar scheint.

Betreffs der Vindizienerteilung bekämpft D. die Meinung, dass der Prätor oder sonstige Gerichtsherr dabei den bereits vorhandenen Besitz bevorzugt habe, und vermutet vielmehr, „dass der Prätor vorzugsweise denjenigen berücksichtigt habe, welcher ihm „prima facie" berechtigt schien [eine Möglichkeit, die schon Akt. I S. 210 beleuchtet ist]; daneben aber kam ihm in Betracht die Sicherstellung der Restitution, daher die grössere Zuverlässigkeit oder ökonomische Solvenz der einen oder andern Partei massgebend war" (S. 41). Diese Punkte sind näher zu betrachten, da auf sie allein die Behauptung gestüzt ist, „dass bei der Sakramentsvindikation ein Bedürfnis zu einer besondern Regulirung der Parteirollen nicht bestand, ja dass dieselbe hier schlechthin keinen Raum findet" (S. 34). Die erste Dsche. Vermutung, Bevorzugung des besser bescheinigten Anspruchs findet weder in direkten Quellenzeugnissen noch in den auf die fragliche Zeit zurücktragenden Analogien die mindeste Unterstützung. Der zweiten, Rücksicht auf Sicherung der Restitution, mag eine beschränkte Bedeutung zukommen: bei der Vindizienerteilung in den Prozessen pro populo kann ein derartiger Gedanke mitgewirkt haben; und wer gar nicht im stande gewesen wäre, praedes litis atque uindiciarum für sich zu stellen, hat warscheinlich die Vindizien nie erhalten. Aber das sind seltene und seltenste Ausnamen, keinesfalls kann angenommen werden, dass regelmässig der Reiche, der die höhere Kaution zu leisten vermochte, bevorzugt worden wäre; die Unzuträglichkeiten, die hieraus hätten erwachsen müssen, liegen zu tage[1]. Uranfänglich, in Zeiten wo auch Besitz und Eigentum von den Römern noch nicht klar auseinandergedacht waren, mögen auch für die Vindizienverteilung keine fest bestimmten Regeln gegolten haben. Die Herstellung derselben erforderte Zeit, Erfarung und Nachdenken; wie sie

[1]) Z. B.: der Arme hat eine hübsche Sklavin und der Reiche erzwingt den Vindizienbesitz derselben, den er, nachdem er seinen Zweck erreicht hat, gern wieder aufgeben wird.



allmälich fixirt worden sind, durch Gewonheit oder Gesetz, wissen wir nicht. „Die XII Tafeln trafen in bezug auf die Erteilung der Vindizien nur die eine spezielle Vorschrift, dass sie secundum libertatem zu geben seien“ (S. 40) ist mehr gesagt als wir wissen; richtig blos, dass nur diese eine Zwölftafelvorschrift auf uns gekommen ist. Unter den fixirten Regeln war nach aller Warscheinlichkeit die vornemste: die Vindizien erhält wer vor dem Prozess unbestrittenen Besitz gehabt hat; bei zweifelhaften Besitzverhältnissen entschied früher der Prätor nach eigenem Ermessen, später sind gerade für diese Fälle die Interdikte eingefürt. Hiefür zeugt vor allem der spätere vollbeglaubigte Rechtszustand, der unweigerlich auf diesem Grundsatz beruht. Entweder also der Grundsatz selber war alt, oder die Regel: wärend des Vindikationsprozesses behält den Besitz wer ihn zuvor gehabt hat (eine Regel, die von den Formen ihrer Durchfürung völlig unabhängig zu denken ist), wäre an die Stelle einer andern getreten, die sich schlechter bewährt haben müsste. Aber von einem solchen früheren verunglückten Versuch und davon, dass die Regel des klassischen Rechts als Korrektur zur Einfürung gekommen, steht nirgends ein Wort geschrieben. Im Gegenteil Gaius IV 148—52, und Ulpian fr. 1 § 2, 3 uti poss. 43, 17 und auch Festus oder Aelius Gallus in der oben S. 148—9 besprochenen Stelle bestätigen unsere Auffassung der historischen Entwickelung. Freilich waren die Römer keine grossen Geschichtsforscher, aber deshalb ihre geschichtlichen Angaben auch da zu verwerfen, wo kein innerer oder äusserer Widerspruch ersichtlich, ist keiner gesunden Methode gemäss. Nichts dawider, dass das angenommene Resultat doch noch Hypothese bleibt; wol begründete Hypothesen sind als solche festzuhalten bis sie entweder direkt widerlegt, oder durch bessere ersezt werden. Was dagegen angefürt ist (S. 40, 41) hat kein Gewicht: dass Vindizien secundum libertatem und secundum populum gegeben wurden, erscheint als leicht verständliche Ausname; die Worte von Gaius „interim aliquem possessorem constituebat“ sind für unsere Frage one alle Bedeutung[1]); des-

[1]) D. bemerkt, „der Prätor macht also den einen zum Besitzer, dies ist etwas ganz anderes, als er erhält den Besitzer im status quo.“

gleichen die fructuum licitatio im I. U. P., denn zu dieser kommt es ja nur da, wo eben der Vorbesitz streitig ist. Dernburgs eigne Geschichtskonstruktion aber fürt nach kleinen Abweichungen schliesslich zu demselben Hauptresultat: I. U. P. erfunden für das Lehnprekarium, dann übertragen in den Vindikationsprozess, in den es seiner äusseren Gestaltung nach so schlecht passte; mit dem Interdikt zusammen übernommen der Grundsatz, dass bei klaren Besitzverhältnissen der bisherige Besitzer auch wärend des Vindikationsprozesses Besitzer bleibt, ein Grundsatz der im Widerspruch zum älteren Rechte durchgedrungen sein soll; übrigens hätte diese Uebertragung erst recht spät stattgefunden, nach Verdrängung der zweiseitigen L. A. sacramento durch die einseitigen Vindikationsformen per sponsionem und per formulam, unter Mitwirkung der l. Iulia iudiciaria, in folge eines zwingenden Bedürfnisses, das bei den einseitigen Vindikationen vor derselben l. Iulia nicht hervorgetreten sein müsste. Der wesentliche Unterschied reduzirt sich also darauf, das D. Zeitangaben macht, die wir weislich unterlassen haben, und dass er vor die Bedeutung des I. U. P., die in den Quellen bezeugt ist, eine andere vorausschickt die nicht bezeugt ist, und endlich annimmt, dass bevor die Römer entdeckt wie zweckmässig es sei den bisherigen Besitzer auch wärend der Dauer des Vindikationsprozesses im Besitze zu belassen, sie Experimente durchgemacht hätten von denen die Quellen gleichfalls nichts vermelden.

Ein beiläufiger Streitpunkt betrifft die Ordnung der Beweislast im alten Prozesse nach Erteilung der Vindizien. Diese Frage ist von besonderer Bedeutung für diejenigen, welche mit D. und mir (vgl. oben S. 149) darin überein-

---

Sehr wahr, meines Wissens hat auch noch Niemand die Stelle als positives Zeugnis dafür benuzt, dass der Vorbesitzer die Vindizien zu erhalten pflegte. Fragt sich nun, ob sie dawider zeugt: „interim possessorem constituebat“, er gab einem den Zwischenbesitz; wem? und weshalb? darüber äussert Gaius sich nicht; das „constituebat“ darf keinesfalls urgirt werden, sonst sagte G. gar, dass stets der Nichtbesitzer mit den Vindizien begnadigt wäre; überhaupt hat er die Worte nicht ängstlich erwogen, sonst stimmte, wo nur von Zweien die Rede, schwerlich „aliquem possessorem constituebat“.

kommen, dass trotz der Zweiseitigkeit des alten Sakraments-prozesses in dem Spruche über das Sakrament des Einen zugleich die Entscheidung über das des Andern gelegen, so dass nicht blos das „sacramentum Ai. iustum“ ein „sacr. Ni. iniustum“, sondern auch das „sacramentum Ai. iniustum“ ein „sacr. Ni. iustum“, oder ebenso umgekehrt involvirt habe. Auch hier verwirft D. S. 41 die Meinung, dass es im ältesten Prozesse ungefär änlich gewesen sein werde wie in dem uns besser bekannten der klassischen Periode. Er argumentirt „aus der Gestaltung des Prozesses über die Freiheit in der Kaiserzeit“ (S. 42). Aber was entschied denn hier über die Verteilung der Beweislast? bekanntlich die possessio libertatis, wofern dieselbe keine wirklich schlechtgläubige war[1]). Also haben wir gerade hier eine quellenmässige Bestätigung der von uns behaupteten Regel: der Vorbesitz entscheidet über die Verteilung. Und dies Zeugnis in diesem Falle ist darum nur desto beweiskräftiger, weil in diesem selben Falle die andere Regel, der Vorbesitz gibt ein Recht auf die Vindizien durchbrochen wird. Nicht blos der vage fauor libertatis, sondern vielmehr die praktische Erwägung lag dieser Ausname zu grunde, dass bei uindiciae secundum seruitutem der Herr den von ihm besessenen Sklaven in dem Verkehre mit dem Assertor und überhaupt in der erforderlichen indirekten Einwirkung auf den zu fürenden Prozess beschränken könnte; den Sklaven aber gegenüber dem Herrn auch in der Verteilung der Beweislast regelmässig zu bevorzugen, hatte man keine änlich drängende Veranlassung. Uebrigens ist noch zu beachten, dass mit der Erteilung der Vindizien nicht nur rechtliche sondern auch faktische Folgen verknüpft waren, die bei dem Prozesse um bewegliche Sachen besonders deutlich hervortreten, „qui uindicias tulit“ erhielt diese Sachen in die Hand, in sein Haus. Mag das Recht aus der Vindizienerteilung mit der Entscheidung des Richters erlöschen, der faktische Zustand dauert einstweilen fort. Diesen zu brechen, oder aber um gegen die praedes litis atque uindiciarum vorzugehn, muss der Gegner ein Recht aus dem Prozess erworben haben, und wiederum die Vorbedingung dieses Rechtserwerbs ist in

---

[1]) Vgl. fr. 7 § 5, fr. 10—12 § 4 de lib. c. 40, 12.

allen bekannten Prozessarten eine gelungene Beweisfürung. Daher müssen wir, auch in Ermangelung weiterer direkter Zeugnisse bei der Vermutung stehn bleiben, dass von Ausnamen abgesehen der Vorbesitz wie für die Verteilung der Vindizien so auch für die bessere Stellung zum Beweise der entscheidende Faktor gewesen.

Ueber die drei letzten Paragrafen: „Entwickelung der Besitzlehre in der Kaiserzeit“ — „Der juristische Besitz und die Theorie Savignys“ — „Die Bedeutung des juristischen Besitzes“ kann ich um so rascher hinweggehen, als das Endergebnis:

> Possessio hat im Sinne der römischen Juristen wer die possessorischen Rechtsmittel, also namentlich das int. uti poss. oder auch utrubi geltend machen kann, (S. 66)

lediglich eine Wiederholung ist von dem, was ich zuerst in der Kritik der Besitzklagen von Bruns aufgestellt:

> rechtliches Verhältnis, dessen Verletzung durch die Interdikte geandet wird (Kr. Vschr. XVIII S. 15, dazu A. Pernice, Zschr. f. HR. XXII S. 423)

und in meinem Besitz begründet und begrenzt habe. Hätten die „mannichfachsten Berufgeschäfte“ Dernburg Zeit gelassen dies Buch durchzulesen, statt nur es anzublättern, so würde er gesehen haben, dass unsere Erkenntnis der Bedeutung des juristischen Besitzes zwar ein sehr brauchbarer Schlüssel ist, dennoch aber in den Quellen viele Probleme stecken, die auch mit ihm nicht one weiteres zu lösen sind. Daher für diese derjenige, dessen Kräfte von unabweislichen andren wissenschaftlichen Arbeiten in Anspruch genommen sind, nichts leisten zu können sich bescheiden muss.

III.

Von dem Utipossidetis sind wir bereits zur Possessio herübergetreten. Auch bei dieser kann ich mich einer Auseinandersetzung nicht entziehen, die aber freilich ganz anderer Art sein wird, als die eben abgetane. Was Brinz Kr. Vschr. XXII S. 388 f. mir gutes und freundliches sagt, ist zweifellos ehrlich gemeint; auch ich stehe in juristischen Debatten mit keinem Andern lieber zusammen als mit ihm; aber diesmal

verstehen wir einander gar nicht. Es hatte Einer ein hübsches Bild gemalt, gewönliches Wandgemälde; kommt ein guter Freund, nagelt es an die Decke, und kritisirt danach: „B. sonst kein übler Maler, aber das Deckengemälde! als Deckengemälde herzlich schwach". Der Vergleich hinkt nicht mehr als notwendig: wenn etwas an meiner Arbeit zu loben, so war es das Bestreben, den Quellen naiv, one vorgefasste Meinung entgegenzutreten, und den Eindruck den sie auf mich gemacht unbefangen wiederzugeben. Wer aber nur Brinz's Kritik und nicht mein Buch gelesen hätte, müsste meinen, ich sei nach so vielen Andern lediglich darauf ausgegangen, einen neuen Beweis zu finden für den alten Satz: Besitz ist ein Recht.

Dagegen stellt Br. gleich an die Spitze die Behauptung:

> bisher haben immer noch die Mehren an der Lehre, dass der Besitz für sich kein Recht sei, ihr Genüge gefunden. Was ist natürlicher, als dass der Dieb und der Räuber, die beide Besitz haben, kein Recht haben.

Wie eine Idylle scheint ihm das Bild jener Zeit vorzuschweben, da dies Genügen der Menge noch durch keine ketzerischen Neuerer gestört war. Aber in der ganzen Geschichte des Besitzrechts und der Besitzlehre vermag ich diese idyllische Periode nicht zu entdecken: die klassischen Juristen sind aus weittragenden Kontroversen nie herausgekommen; die Kaiser, einschliesslich Justinian, haben einen schwachen Schimmer der Einheitlichkeit hergestellt, der bei jeder schärferen Betrachtung sofort schwindet; die Italienischen und die älteren Deutschen Juristen (ich kenne diese Litteratur nur durch die Vermittelung von Savigny und Bruns) sind in stetem erbittertem Kampfe, „omnes mutuis telis corruunt". Und die Gegenwart? Bruns feiert seinen Freund Jhering, dass er die alte Lehre über den Haufen geworfen, glaubt ihm aber von seiner neuen kein Wort; Ich gegen Bruns, Sie gegen Mich u. s. w.

Nein, teuerster Freund, die Idylle besteht nicht und hat in Wirklichkeit nie bestanden. Ob auch nur unter uns beiden eine Einigung möglich sein wird, ist mir zweifelhaft. Keinesfalls bin ich geneigt, den von Ihnen am Schluss der Anzeige

gemachten Ausgleichungsvorschlag anzunemen: „würde der Vf. bei der res facti et iuris verblieben sein .... Rezensent würde auch über das Wesen des Besitzes mit ihm einig sein". Nein, ich setze kein blindes Vertrauen mehr in „die Hand der Römischen Juristen", und schreibe dem „Nebel des Besitzes" kein Recht auf ewige Dauer zu. Aber auch ob es mir gelingen wird, Sie ebenso wie Dernburg zu meiner Grundanschauung zu bekehren, ist mir immerhin recht zweifelhaft. Da aber einstweilen noch Misverständnisse obwalten, deren Zustandekommen ich zum mindesten mitverschuldet habe, so will ich diese nach Kräften zu beseitigen suchen.

Gewicht lege ich vor allem darauf:

I. Dass die Aufgabe der historischen Rechtswissenschaft ausschliesslich darin besteht, aufzudecken was Recht gewesen und was als Recht gelehrt ist (Geschichte des Dogmas); unabhängig davon, ob das Recht und die Lehre konsequent und überhaupt ob sie in sich und an sich etwas taugen, so wie davon ob das Recht für unsere Zustände noch brauchbar und die Lehre unsern Anschauungen konform wäre.

II. Dass die Römer die Wörter „possessio" „possidere" u. s. w. in verschiedenen Bedeutungen gebraucht, von denen nur eine zusammenfällt mit dem was wir heut „juristischen Besitz" zu heissen gewönt sind, vgl. Bes. § 6—13, und dass auch auf diesem beschränkten Felde mit denselben Wörtern doppelter Sinn verknüpft wird, indem sie sich beziehen bald auf die erzeugenden Tatsachen bald auf die erzeugten Rechtsfolgen; so schon Kr. Vschr. XVIII 15, Bes. S. 33, dann durchgehend, besonders noch 358—60.

III. Dass die eigentümliche Abgrenzung des Gebiets des juristischen Besitzes, dass diese Tatsachen wirken und dass diese Folgen eintreten, am besten zu erklären sei aus der Hypothese, welche die Entwickelung der „possessio" herleitet aus den interdicta retinendae possessionis, und die Einfürung dieser nach Ulpian fr. 1 § 2, 3 uti possid. 43, 17 und Gaius IV 148 in Zusammenhang bringt mit den Erfordernissen des Vindikationsprozesses bei streitigen Besitzverhältnissen; vgl. Bes. § 14, 15 und weiter, besonders noch S. 360—62.

I. Dass die Wissenschaft eben nur die Warheit zu suchen und dabei keine Nebenzwecke zu verfolgen habe, ist

gewis keine neue Behauptung. Sie kehrt sich bei uns gegen die viel gescholtene aber doch immer noch viel beliebte und geübte naturrechtliche Methode, und war speziell veranlasst durch die Aufstellung in Bruns Besitzklagen, dass die richtige Auffassung des Römischen Rechts der Gegenwart zu einem allen Ansprüchen genügenden Besitzrechte verhelfen werde. Ueber diese Punkte ist eine erhebliche Differenz zwischen Brinz und mir nicht hervorgetreten. Auch auf III ist er nicht näher eingegangen; sein Widerspruch knüpft an II an. Aber hier stehen Spruch und Widerspruch einander leider nicht gerade gegenüber, er attackirt was für mich von untergeordnetem Werte ist, und fürt Gründe ins Feld, die was ich wirklich behauptet habe, oder sagen wir lieber, das was ich behaupten wollte, nicht treffen.

Brinz sagt S. 393 in dem ersten, von ihm selber als minder bedeutend bezeichneten Bedenken:

> unzweifelhaft denkt sich B. in diesen Rechtsfolgen einen Bestandteil des Besitzes selbst und zwar den zweiten Bestandteil neben dem des Tatbestands.

Hierin liegt ein Misverständnis, und zwar wie mich dünkt das verhängnisvolle. Keineswegs denke ich mir „Tatbestand" und „Rechtsfolgen" als zwei Teile (Bestandteile) eines Dinges. Ich kenne „einen Besitz", der diese beiden Teile enthielte, durchaus nicht; wol aber kenne ich zwei von einander wesentlich verschiedene, übrigens mit einander so nah wie überall Ursach und Wirkung zusammenhängende Dinge, von denen ich, wie ich jezt sehe leichtsinnig, das eine unter andern auch als „Tatbestand des Besitzes" das andere als „Rechtsfolgen des Besitzes" bezeichnet habe. Verfürt bin ich durch den in meinen Augen jezt erst recht verwerflichen Sprachgebrauch der Römischen Juristen, die das eine Ding, den Tatbestand, und das andre Ding, die Rechtsfolgen, mit demselben Worte „possessio" zu bezeichnen pflegen. Ich glaubte danach wunder wie deutlich geredet zu haben, wenn ich statt „possessio" in der Bedeutung Tatbestand sagte „Tatbestand des Besitzes", und für „possessio" in der Bedeutung Rechtsfolgen „Rechtsfolgen des Besitzes"; aber der Erfolg hat mich überfürt, ich muss undeutlich geredet haben.

Ueberall in Bezeichnungsfragen sehr konzessionsbereit, will ich „Tatbestand“ und „Rechtsfolgen“ gern fallen lassen, sobald mir besser verständliche Ausdrücke angegeben werden. Dagegen beharre ich darauf, dass „possessio“, ganz abgesehen von den nebenliegenden Bedeutungen, zwei scharf zu sondernde Bedeutungen im Munde der Rechtsquellen hat: in sehr vielen Stellen, wol den meisten, ist „possessio“ „possidere“ u. s. w. das Erzeugende, in gar nicht wenigen das Erzeugte. Ob wir beide oder nur eins, dies oder jenes „Besitz“ heissen wollen, steht nach dem Vorgang der Quellen leider noch bei uns; wo wir das Wort one Beisatz gebrauchen, müssen wir uns bewusst bleiben, einen misverständlichen Ausdruck zu benutzen. Unerlaubt aber ist über der Gleichheit der von den Römern gebrauchten Bezeichnungen die Verschiedenheit der Begriffe zu übersehen; fast noch schlimmer jedoch, was Brinz bei mir vermutet, dass ich Erzeugendes und Erzeugtes zu einem Begriffe [1]) zu verschmelzen und dieses Monstrum wieder mit dem Namen „Besitz“ zu bekleiden denke.

Ist meine Aufstellung richtig: possessio (= Tatbestand) bezeichnet zuweilen das Erzeugende die Ursache, possessio (= Rechtsfolgen) das Erzeugte die Wirkung, so ist der Einfluss, den dieselbe auf die Besitztheorie ausüben muss, demjenigen diametral entgegengesezt, den Br. ihr glaubt zuschreiben zu sollen. Er sagt S. 391:

> sollte der Besitz ein Recht sein, aber nicht der Besitz one weiteres [richtiger: nicht in jeglicher Bedeutung des Wortes], sondern der Besitz erst in seinen Rechtsfolgen und im Gegensatz zu dem Tatbestande .... so ist er ein absonderliches von den sonstigen Rechten verschiedenes Recht.

Umgekehrt, gerade nach meiner Auffassung hört er auf etwas absonderliches, ein „Rechtsding one Recht“ wie kein anderes zu sein, und eine Gedankenexistenz zu füren, so dass er das einemal besteht „wo kein Auge etwas von ihm sieht“, das andremal nicht besteht wo wir glauben ihn mit Händen greifen

---

[1]) „Tatbestand des Diebstals“ und „Rechtsfolgen des Diebstals“; wer meint da, dass der Diebstal eine Einheit sei, die sich aus Tatbestand und Rechtsfolgen als ihren Bestandteilen zusammensetzen lasse?

zu können. Possessio ist ein Tatbestand wie die grosse Masse der andern, der Rechtsfolgen nach sich zieht, oder wieder ein Rechtsfolgenkomplex wie die übrigen, die an einen Tatbestand angeknüpft sind; nur dass die beiden an sich gewönlichen Rechtsdinge törichter Weise mit demselben Namen belegt wurden. Bei jedem Rechte, von wenigen hier unerheblichen Ausnamen abgesehen, bei der manus, patria und dominica potestas, dem rem oder ius eius esse (ich füre die von Brinz a. a. S. angezogenen Beispiele auf) haben wir den „Tatbestand“ und die „Rechtsfolgen“ zu unterscheiden. Freilich würde ich „Mancipation und Tradition“ niemals als Tatbestand der Eigentumsbegründung, wol aber als Tatbestand in der Eigentumsübertragung genannt haben. Das normale Gesetz ist der hypothetische Befel:

wenn A eintritt,
soll B sein.

Das A ist mein „Tatbestand“, das B sind die „Rechtsfolgen“. Ueber die Sache dürfte zwischen Br. und mir hiernach kaum noch Streit sein; er wird zugeben müssen, dass jede Entstehung und jede Aenderung von subjektiven Rechten einen Tatbestand dieser Art voraussezt, gerade dasjenige was die Partei, welche die Entstehung oder Aenderung behauptet, zu beweisen hätte, dass also Tatbestand und Rechtsfolgen zwei regelmässig zusammen auftretende und doch scharf von einander zu sondernde Rechtsdinge sind.

Ist aber meine Aufstellung, dass „possessio“ bald den Tatbestand bezeichne bald die Rechtsfolgen, richtig? Direkten Widerspruch hat Br. nicht erhoben, und da er auf die Interpretation der Quellenzeugnisse, die ich zumal S. 333—34 zusammengestellt habe, gar nicht eingegangen ist, so wird die Richtigkeit unter uns Beiden bis auf weiteres angenommen werden müssen. Damit erschliesst sich denn auch das Verständnis der Stellen, die ihm Schwierigkeiten gemacht haben (vgl. Pand. 2. Aufl. I § 135 Nr. 6 u. 7). Im fr. 3 § 11 ht., cf. § 5 I. de int. 4, 15 wird „possidere“ im zweiten Sinne gebraucht, und diese „possessio“ ist stets unsichtbar; auch in fr. 30 § 1 ht. scheint dieselbe Auslegung geboten, „non possumus possidere“ in Beziehung auf den locus religiosus können wir die Interdikte nicht erwerben, es können also die

mit dem Namen possidere bezeichneten Rechtsfolgen eines Aktes, der übrigens ganz wie eine Besitzergreifung ausschaut, nicht eintreten.

Wer aber zugegeben hat, dass dem Worte „possessio" die beiden angegebenen Bedeutungen zukommen, der wird mir bald noch weiter folgen müssen, und sich den Angriffen auf die Römischen Juristen anschliessen. Sind diese des Gegensatzes, „possessio" erzeugende Tatsache — erzeugtes Rechtsverhältnis, sich stets klar bewusst gewesen? und haben sie sich stets so präzis ausgedrückt, dass über dasjenige wovon sie handelten, und besonders ob sie das Wort „possessio" in dem einen oder in dem andern Sinne gebrauchten, dem Leser niemals ein Zweifel bleiben durfte? — Und diese deutlich markirte Duplizität des Römischen Sprachgebrauchs die wäre übersehen worden von Allerwelt bis auf diesen Tag, von Donell von Savigny von Brinz selber? Anders als auf Kosten sämmtlicher mittelalterlicher und moderner Juristen scheint die Ehrenrettung der Römer schon nicht mehr möglich.

Hiemit wäre nun aber auch alles berürt, worauf ich bei dieser Diskussion wirklich Gewicht lege. Ich rekapitulire daher:

> der juristische Besitz ist kein Rechtsding besonderer Art, wie bei allen kommen bei ihm in betracht: Tatsachen an die das Gesetz bestimmte Folgen geknüpft hat, und diese vom Gesetz gewollten Folgen selber;
>
> jene Tatsachen und die Folgen hat ein schlechter Römischer Sprachgebrauch mit denselben Ausdrücken, „possidere" u. s. w. bezeichnet, auch haben schon die Römischen Juristen diese wesentlich verschiedenen, aber gleich bezeichneten Dinge nicht immer genügend auseinandergehalten;
>
> diese Feler und Versehen der Römischen Jurisprudenz sind zu verstehen und zu erklären, aus ihnen verstehen und erklären sich weiter die Schwankungen und Irrungen der mittelalterlichen und modernen Juristen, keineswegs aber dürfen wir uns an all diese Verirrungen dauernd gebunden halten.

Uebrigens mag noch erwänt werden, dass wenn Br. mich getadelt hätte, mit meinen allgemeinen Erörterungen über

ius und factum, Bes. § 5, kavaliermässig, zu Deutsch etwas oberflächlich vorgegangen zu sein, ich einfach konfitiren müsste. Einigermassen entschuldigt mich der Mangel an Vorarbeiten, nebst der Gefar ins unabsehbare zu geraten. Denn es felt uns beides, sowol die genaue historische Untersuchung, was alles bei den Gegenüberstellungen von ius und factum die Römer sich gedacht (offenbar an verschiedenen Stellen verschiedenes), als auch die dogmatische Durcharbeitung des Gegensatzes von „Tatsache" und „Recht" nach den Bedürfnissen der Gegenwart. Was Br. hier gelegentlich, vornemlich auf S. 396 bietet, ist von geringem Belang:

> es gibt, ganz abgesehen vom Besitze, nicht wenige Dinge, welche einerseits von Natur aus vorhanden sind, und „auf deren Zustandekommen das Recht von Einfluss ist". Nichts ist mehr von Natur da, ja selbst Natur, als die Zeit, und doch kommt das Jar, und kommen Monate und Wochen, Tag und Nacht, Stunden Minuten und Sekunden „nicht one den Einfluss des Rechts zu stande", sintemalen die Kalender, der Romulische u. s. w. alle von den obersten Gewalten oder usurpirten ausgehn. Die Altersstufen sind Naturprodukte, und doch ist die Mündigkeit etc. nicht one den Einfluss des Rechts da, u. s. w.

Hier ist wol ein kleiner Irrtum eingelaufen: auf die Zeit, den Ablauf der Jare Tage Nächte u. s. w., auf das Altern der Menschen u. s. w., kurzum auf das Zustandekommen all dieser Tatsachen übt das Recht nicht den mindesten Einfluss; denken wir den angeblichen Einfluss des Rechts aufgehoben, die Tatsachen würden darum nicht anders zu stande kommen. Aber das Recht knüpft erstlich Folgen an die rein natürlichen Tatsachen, Folgen die wir eben darum Rechtsfolgen nennen, die one das Recht nicht eintreten würden. Und zweitens, da das Recht Folgen anknüpfen will, so muss das Recht auch sagen, an welche Tatsachen diese Folgen angeknüpft werden sollen, und hiezu wieder bedarf es der Zeichen, und zwar fester Zeichen, damit jedermann klar wisse welche Tatsachen der Gesetzgeber meint. Der Gesetzgeber fixirt daher diese Zeichen selber, und der von ihm normirte Kalender ist nichts anderes als ein Zeitteil-Zeichen-Register. Das

Bezeichnete, Jare Monate Tage und Nächte, das verliefe alles tatsächlich ebenso wie jezt, auch wenn der Gesetzgeber nie damit sich befasst hätte, nur verliefe es nicht als „bezeichnetes“, es trüge entweder andere oder gar keine Zeichen und Namen. Aber wegen der Bestimmung der Zeitteile, an welche es seine Wirkungen knüpft, und wegen der Zeichen- und Namengebung, dem Recht einen Einfluss auf das Zustandekommen der Jare Monate Tage u. s. w. zuzuschreiben, ist doch kühn; — dann hätte wol auch Leverrier Einfluss gehabt darauf, und mitgewirkt dazu, dass der Neptun sich um die Sonne dreht, denn wenn ich nicht irre hat L. diesem Stern den Namen gegeben.

Betreffs des Dinges, das ich „Tatbestand des Besitzes“ geheissen habe, wird mir dann ein gewisses Verdienst zugeschrieben (S. 411 f.), dass ich die Frage aufgeworfen, „ob der Besitz ein Ereignis oder ein Zustand sei“; Brinz scheint der Ansicht, dass ich die Sache doch etwas zu scharf genommen, wogegen ich meine, dass er sie zu wenig scharf erfasst. Sind die Tatsachen, an welche das Recht die Folgen die hier in Frage stehen, Interdikte u. s. w. anknüpft, dauernde bleibende, ein „Zustand“, oder vorübergehende, Veränderungen Bewegungen, ein Ereignis ein Vorgang? die Frage ist weniger von dogmatischer als von praktischer Bedeutung. Sind die Besitzesrechtsfolgen wirklich an einen Zustand angeknüpft, so müssen sie allemal mit diesem Zustand aufhören, und werden regelmässig fortbestehn, so lange wie der Zustand selber andauert; sind sie an einen Vorgang angeknüpft, so ist für ihren Fortbestand die Dauer des durch diesen Vorgang zunächst herbeigefürten Zustandes indifferent, sie bestehen so lange bis gewisse andere Ereignisse eintreten, an welche das objektive Recht die Aufhebungswirkung geknüpft hat. Wegen dieser praktischen Differenz ist hier jegliches Kompromittiren und Verschmelzen verschiedener Meinungen ausgeschlossen. Geben gleichwol die Quellen auf obige Frage keine klare Antwort (und solche Antwort habe ich nicht gefunden und hat Brinz nicht gefunden, und wir meinen beide, dass auch kein Dritter sie gefunden), so müssen die Römer, soweit deren Tätigkeit aus unsern Quellen ersichtlich, entweder die Frage nicht scharf gefasst, oder nicht klar beantwortet haben, oder die

gegebenen Antworten müssten einander widersprechen. Wer das erste oder das zweite behauptet, der macht den Römischen Juristen und ihrem praktischen Sinn viel schlimmere Vorwürfe, als wer mit mir das dritte annimmt und zugleich darauf ausgeht zu erklären, wie die Einen zu dieser und die Andern zu jener Ansicht gelangt seien. — Beiläufig bitte ich noch zu Böckings von Brinz (S. 414) angezogenem „possīdĕre“ zu vergleichen Kr. Vschr. XVIII S. 15, wo übrigens die Quantitätszeichen, nicht durch meine Schuld, falsch gesezt sind.

Ueber die einzelnen Rechtsfolgen (Bes. § 25—28, Brinz S. 397 f.) muss ich kurz hinweggehen, schon um diese Entgegnung nicht allzu lang werden zu lassen, noch mehr aber, weil die Brinzschen Erörterungen, wider die ich mich zu schützen hätte, der Naivetät ermangeln. Er prüft, von dem von ihm eingenommenen Standpunkte aus, alle von mir behaupteten Einzelfolgen darauf hin, ob sich aus ihnen das Gesammtresultat „Besitz = Recht“ ergebe. Dieses Gesammtresultat aber steht in meinen Augen durchaus unabhängig von den Spezialuntersuchungen; lassen wir dem Besitzer auch nur die eine Befugnis, über die bisher noch nie Streit gewesen, die zum erfolgreichen Gebrauch der Interdikte, so mag derselbe ebensowol ein „Berechtigter“ sein, als wenn ihm wirklich all diejenigen Einzelbefugnisse zustehn, die ich ihm beilege. Da ich in den bezüglichen Paragrafen meines Besitzes 25—28 meist one Vorarbeit Anderer vorgegangen bin, so ist es selbstverständlich, dass manche Irrungen eingelaufen sind; zu speziellen Konzessionen aber gegenüber den Brinzschen Einwendungen spüre ich augenblicklich noch wenig Neigung.

Für Brinz ist und bleibt der Angelpunkt seiner Untersuchung die Frage „ist der Besitz ein Recht oder ein Nichtrecht?“ Dieselbe Frage hat für mich nie dieselbe Bedeutung besessen, und sie hat von der Bedeutung, die ich ihr beimass, als ich an mein Buch ging, noch verloren wärend der Arbeit. Erstlich weil ich mich mehr und mehr überzeugt, wieviel gerade der Mangel an Naivetät den bisherigen Forschungen auf dem Gebiete des Besitzrechtes geschadet hatte; bleiben wir den Quellen einstweilen mit unsern Fragen vom Leibe, und

beschränken wir uns aus ihnen zu entnemen, welche Fragen ihre Autoren gestellt und zu lösen sich angeschickt haben. Zweitens weil ich einsah, dass für die Beantwortung der auch mir doch keineswegs gleichgültigen Frage: ist der Besitz ein Recht? aus der Betrachtung des Besitzrechts recht wenig zu gewinnen sei. Das mag paradox klingen, und ist zweifellos wahr. Vergegenwärtigen wir uns, dass Besitz (= possessio) zwei von einander wesentlich unterschiedene Begriffe bezeichnet,

α) die erzeugenden Tatsachen,

β) die erzeugenden Rechtsfolgen,

so ist zunächst one weiteres einleuchtend, dass bei der Frage: ist Besitz Recht? immer nur an den Besitz in der Bedeutung *β*) gedacht werden darf. Die Entscheidung dieser also präzisirten Frage liegt wie nicht minder klar ersichtlich in den Entscheidungen, welche auf zwei andere Fragen gegeben werden,

erstlich welches sind die aus den sg. Besitzestatsachen resultirenden Rechtsfolgen?

zweitens auf welcherlei Rechtsfolgen (von dem objektiven Recht an Tatsachen geknüpften Folgen) findet der Name Recht (subjektives Recht) Anwendung?

Nur auf die erste Frage gibt das Recht selber (das Gesetz) die Antwort, über die andre entscheidet das Dogma. Bei der ersten Frage ist die Antwort in manchen Details zweifelhaft, in der Hauptsache nicht; denn diese Hauptsache ist der Interdiktenschutz [1]). Bei weitem bestrittener aber ist die dogmatische Frage: wie bestimmt sich der Begriff des subjektiven Rechts heut zu Tage? ist wer die Interdikte mit Erfolg geltend machen kann, schon darum ein „Berechtigter"? oder welche weiteren Befugnisse Können, Dürfen u. s. w. müssten bei ihm nachzuweisen sein, damit er als solcher anzuerkennen wäre?

In den hierauf gerichteten Betrachtungen von **Brinz**,

---

[1]) Dass im Interdiktenprozess keine Rechtsbehauptung (Br. S. 402) vorgekommen, verschlägt hiebei nichts. Denn es ist als gewis anzusehn, dass die Römischen Dogmatiker der Zeit, da diese Interdiktsformeln festgestellt wurden, die „possessio" als „ius" nicht gekannt haben. Für uns kommt es ausschliesslich darauf an, wie die heutige Dogmatik diesem Problem gegenüber sich zu verhalten hat.

vgl. S. 401—11, ist alles interessant aber wenig überzeugend, da es dem Rezensenten nicht gelingen will, den Schein der Voreingenommenheit zu beseitigen: es wäre doch traurig, zugeben zu müssen, dass „der Dieb und der Räuber ein Recht haben". Zur Tröstung wiederhole ich, was im „Besitz" ausfürlicher dargelegt ist:

> die Vorteile, die das Gesetz ihnen gegeben, Interdikte u. s. w., die haben Dieb und Räuber ganz unabhängig davon, ob wir auf die Summe dieser Vorteile den Namen „Recht" anwenden oder nicht, unser Dogma kann jene Uebeltäter nicht reicher und nicht ärmer machen;

und auch der Gesetzgeber hat mit den Dieben und Räubern zugebilligten Vorteilen nichts ausserordentliches getan, denn er schüzt nicht das Schlechte als solches, sondern das aus allgemeinen Gründen im Interesse der öffentlichen Ordnung Schützenswerte, one gleich zuerst zu fragen, ob dasselbe gut oder schlecht; m. a. W. wo ein Dieb oder Räuber den Schutz des Gesetzes fände, da wird er ihm nicht zu teil, weil erwiesen dass er Dieb und Räuber, sondern darum weil erwiesen dass er Besitzer, tatsächlicher Besitzer ist; das Gesetz hat darum die Verfolgung des Schlechten nicht aufgegeben, nur in diesem Vorverfaren soll sie keinen Platz haben, nur wer „ui clam precario ab altero" besizt, soll sofort unterliegen, wer eine andere iniusta possessio hat, siegt mit den Interdikten, one dadurch der späteren schwereren rechtlichen Andung zu entgehn.

III.

Die Pariser Fragmente aus Papinians responsa.

Von

Herrn Professor **Paul Krüger**

in Königsberg.

Aus demselben ägyptischen Handschriftenfunde, welchem die vom Berliner Museum angekauften Handschriftenfragmente angehören[1]), ist ein Theil vom Pariser Museum des Louvre erworben worden. Darin fanden sich vier Pergamentfetzen mit lateinischer Unzialschrift, einer juristischen Handschrift angehörig, welche über Freilassung handeln. Diese sind von Rodolphe Dareste entziffert und in der Nouvelle révue historique de droit français et étranger 1883 S. 361 ff. veröffentlicht worden; beigegeben ist ein Lichtdruck des Originals.

Nach einer kurzen brieflichen Mittheilung von Dareste über Beschaffenheit und Inhalt der Bruchstücke vermuthete ich gleich, dass es Theile derselben Handschrift seien, aus welcher die Berliner Fragmente der responsa Papinians stammen. Dareste hat diese Annahme verworfen; die Verschiedenheit der Handschriften springe, sagt er, bei Vergleichung der Photographieen beider sofort in die Augen. Dareste meint, da einzelnen Absätzen die Namen von Ulpian oder Paulus voraufgehen, dass die Pariser Bruchstücke zu einer Kompilation aus den Werken dieser beiden Juristen gehörten. Er hält die vier Fetzen für Theile eines Blattes, ohne über den Zusammenhang derselben eine Vermuthung zu wagen.

[1]) Vgl. Bd. I dieser Zeitschrift S. 93 ff. Bd. II S. 83 ff. Dareste berichtet, dass Nachforschungen des Direktors der ägyptischen Museen Maspero ergeben haben, der Fund sei nicht im Fayyûm gemacht, wie das Berliner Museum angenommen hatte, sondern entstamme einer Kiste, die im Jahre 1876 oder 1877 in einem Hause von Saqquarah, nicht weit vom griechischen Serapeum entdeckt worden. Dies Haus gehörte wahrscheinlich einer an die Stelle des Tempels getretenen Kirche, welche nach der heiligen Irene genannt zu sein scheint.

Die Pariser Fragmente wurden demnächst von Ilario Alibrandi im 4. Jahrgang der Studi e documenti di storia e diritto 1883 S. 125 ff. besprochen. Alibrandi weist in den Pariser Fragmenten zwei Digestenstellen nach l. 35 de statuliberis (40, 7) und l. 50 pr. de manum. test. (40, 4), beide aus Papinians 9. Buch der responsa, und stützt darauf die Annahme, dass dieselben zu einer Handschrift der responsa Papinians gehörten. Ausserdem hat er herausgefunden, dass die von Dareste als B und C bezeichneten Fragmente zusammenhängen, indem die Zeilenenden der ersten Kolumne von C den Schluss der Zeilen von B bilden. Auf Grund dieser Verbindung versucht Alibrandi die Ergänzung eines responsum auf B; dagegen hat er Abstand davon genommen, auch die Rückseite dieser Kolumne durch Verbindung der entsprechenden Zeilenfragmente zu vervollständigen.

Die Auffindung der l. 50 de manum. test. und der l. 35 de statuliberis ist fast gleichzeitig mit Alibrandi noch Adhémar Esmein im nächsten Heft der Nouvelle révue S. 479 ff. und Vittorio Scialoja im Novemberheft der Zeitschrift La cultura 1883 S. 101 f. geglückt. In der Lesung der Fragmente nach dem Original oder Lichtdruck hat sich keiner von beiden versucht.

Aus dem Lichtdruck lässt sich erkennen, dass die Pariser Fragmente sich im ganzen in besserm Zustand befinden als der grösste Theil der Berliner Papiniansfragmente, so dass eine Nachvergleichung eine fast vollständige Lesung ergeben möchte. Ich versuchte deshalb durch Vermittlung der Ministerien die Zusendung der Fragmente zu erwirken, erhielt aber den Bescheid, dieselbe sei an Bedingungen geknüpft worden, deren unbedingte Einhaltung nicht zugesagt werden könne.

Hiernach blieb nichts anderes übrig als die Nachvergleichung auf den Lichtdruck zu beschränken. Wie bedenklich und undankbar eine solche Vergleichung neben derjenigen des Originals ist, wird jeder wissen, der einmal die Photographie eines durch Verdunkelung, Schmutz und Verschrumpfung beschädigten Blattes mit diesem selbst verglichen hat. Die Photographie lässt nicht nur Schriftzüge zurücktreten, welche im Original zwar verblichen sind, sich aber doch durch

Schimmer vom Pergament ganz deutlich abheben; sie führt auch irre, indem Runzeln oder Flecken in ihr hin und wieder die Gestalt von Buchstaben annehmen. Trotzdem glaube ich in nicht unerheblichem Masse die Lesung von Dareste, welche von eingehender Sachkenntniss zeugt, berichtigen zu können, und zwar hauptsächlich deshalb, weil Dareste den Werth des Lichtdrucks unterschätzt und deshalb gar nicht versucht hat an demselben seine Lesung nachzuprüfen. Die Erfahrung ist schon oft gemacht worden, dass photographische Nachbildungen einzelne Züge schärfer hervortreten lassen, als sie im Original erscheinen, so dass es rathsam ist in zweifelhaften Stellen jene mit zu Rathe zu ziehen. Dies war hier um so mehr geboten, als der Lichtdruck vortrefflich gelungen ist.

Ich lasse auf Seite 170—174 ein Apographum der Fragmente nach meiner Lesung folgen; eine Nachzeichnung derselben soll später veröffentlicht werden. Die eingeklammerten Buchstaben sind von Dareste allein gelesen; doch habe ich nur diejenigen Lesungen von Dareste in das Apographum aufgenommen, welche sich mit meiner Lesung dem Raum nach vereinigen lassen; im übrigen werden die Abweichungen von Dareste in den Noten zu der unten folgenden Restitution des Textes angegeben werden.

Was nun die Frage nach dem Werk betrifft, dem die Fragmente angehören, so ist dieselbe durch die Nachweisung der in ihnen wiederkehrenden Digestenstellen gegen Dareste entschieden; ja auch die Identität mit der Handschrift, zu welcher die Berliner Papiniansfragmente gehören, ist zweifellos. Was Dareste veranlasst hat dies zurückzuweisen, ist mir unklar geblieben; die Gleichheit der Schrift und der Breite der Kolumnen und Zwischenränder ist so augenfällig [1]), dass ich die gegentheilige Behauptung von Dareste auf eine Verwechslung mit dem Berliner Fragmente de iudiciis [2]) zurückführen möchte,

[1]) Man vergleiche die Tafeln in den Monatsberichten der Berliner Akademie April 1880 zu Seite 363 ff. mit dem Lichtdruck bei Dareste. — [2]) Beiläufig bemerkt hat die Vermuthung Huschkes, dies Fragment stamme aus Ulpians Ediktkommentar, erst durch Lenels Nachweis (Edictum § 52), dass der Titel de inofficioso testamento nicht zur *pars de iudiciis* gehört, eine haltbare Grundlage gewonnen; sonst müsste für die Eintheilung in partes die zweite Hälfte des 14. Buchs von Ulpian das erste Buch de iudiciis gebildet haben. Jetzt steht nichts entgegen

dessen Photographie zusammen mit der lithographischen Abbildung der zuerst aufgefundenen Papiniansfragmente veröffentlicht wurde [1]).

Somit sind uns Theile von Buch 5 und 9 der responsa erhalten; was ich über die äussere Einrichtung der Berliner Fragmente gesagt habe, gilt auch von den Pariser Fragmenten. Die Blätter sind in zwei Kolumnen geschrieben, deren Zeilen etwa $6^1/_2$ Centimeter lang sind. Während aber die Zeilen der Berliner Fragmente durchschnittlich 27 mittelgrosse Buchstaben enthalten, stehen auf denen der Pariser Fragmente nur etwa 23 bis 24 Buchstaben.

Die notae von Ulpian und Paulus sind unter die betreffenden responsa gesetzt und ihnen in rother Schrift und auf den Rand ausgerückt der Name des adnotator mit grossem Anfangsbuchstaben voraufgeschickt, während der Anfang der responsa zwar ebenso ausgerückt, aber schwarz geschrieben ist. Wie leicht hierbei die Abschreiber fehlgehen konnten, zeigt der Nachtrag Ulp. zu IV, 1, nachdem schon der Anfangsbuchstabe der nota wie sonst beim Text Papinians ausgerückt war. Bemerkenswerth ist, dass einzelne notae den Text des responsum als Parenthesen unterbrechen; dahin gehören die notae auf III. IV. Auf Fragment X enthalten Zeile 7 und 8 eine Rubrik [2]); ausserdem findet sich vereinzelt II, 26 eine griechische Zahl vor dem responsum [3]).

Wie die Berliner, so fügen sich auch die Pariser Fragmente zu einem Doppelblatt zusammen mit Ausnahme des kleinen Fetzen IX. X, dessen Zugehörigkeit zu einer der anderen Kolumnen zweifelhaft bleibt. Den Zusammenhang der anderen beweisen die sich ergänzenden Zeilen (insbesondere II, 11—18. 27 III [4]), 2—6. 8. 10. 15. VII, 20—27). Welches die äussere, welches die innere Seite des Doppelblattes ist, lässt sich nicht sagen.

---

das Berliner Fragment an das Ende von Buch 16 zu stellen als Abschluss des Kommentars zur Publiciana.

[1]) Monatsberichte der Berliner Akademie Februar 1879 zu S. 503. — [2]) Die Bedenken Alibrandi's S. 11 gegen die Möglichkeit einer Rubrik sind unhaltbar. — [3]) Dareste hat dieselbe übersehen, Esmein liest E statt I Γ und macht daraus E(milius) (nämlich Papinianus). — [4]) Diese Kolumne hat wie gesagt zuerst Alibrandi aus Dareste B und C zusammengesetzt.

I

(Dareste D)

eOSIM IF
RASINTAANTL
RINPLeUeRITIF
FAMILIAehTARI
5 deRAT·QUANT·eA
AT
MeNLIB·
TANTUeNIT
ꝑSTATULIB
10 CONdICIOLIB·TISeX
eCULIOqAPuduen
UUMhABUITPeC·ꝯd
FeRReNP'SITAdALI
LIUMUOLUNTASd
15 ORRIG(INPO)TUITId RI
(CULIOSe)RUOSU (CRI)T
(NQI) (I)d(e)R
R(C)TIN RITqq XeM
(LIOTN)APeMPTOR·P(eCU)
20 (RUOSN)hABU(IT)
(NOSSeP)
(ITMMISSUSIN)
(eAMedITI)

II

(Dareste E A)

(U) SUI hSeS d
(LICITI q) N I
(BI) rIT
(ULP) NUdN IdAT
(MUM L) RINISISIAL 5
(ꝯSe NSITI)IORUMNeq·NUIC
GITAUThdIdATUReTIdeOSI
SONhd(I)d(A)R(e)IUS(S)US I
(COe)PeRITANh (POSTULARe)
(IBU)AT'IUL·eAB dAR(10
qAPPRIeTAS G R(AS(I)NGIN
USPS d INRS POTUITde
QUOPLeRIq·ꝯSeNTIUNTN(A
LeGeIT·Se BCOLUIT M hd
NOFORT ASSeTAedIO Nece 15
SA IUSA NU OLUNTAR(IU)ShRes
hdIeXISTA q'LIB(e)TeTNecessA
RIOhdeeXI STeNT(AB d
L·INTeLLeGI OLITAUeR(UM)
MORT·hdIS (Nd(IMISSO) 20
PhAdR AM (CONSTI)TU(TIONI)
STATULIB· (IShdIdARe)
ULP sedcU (LIOM)
hd ARep'S (CTe)
eT (SCR·qq (UT SR) 25
B›(SI) IBANT
IT S BCONd·RATIO NUMReddeN
dARUMM
eIqTeST·CL

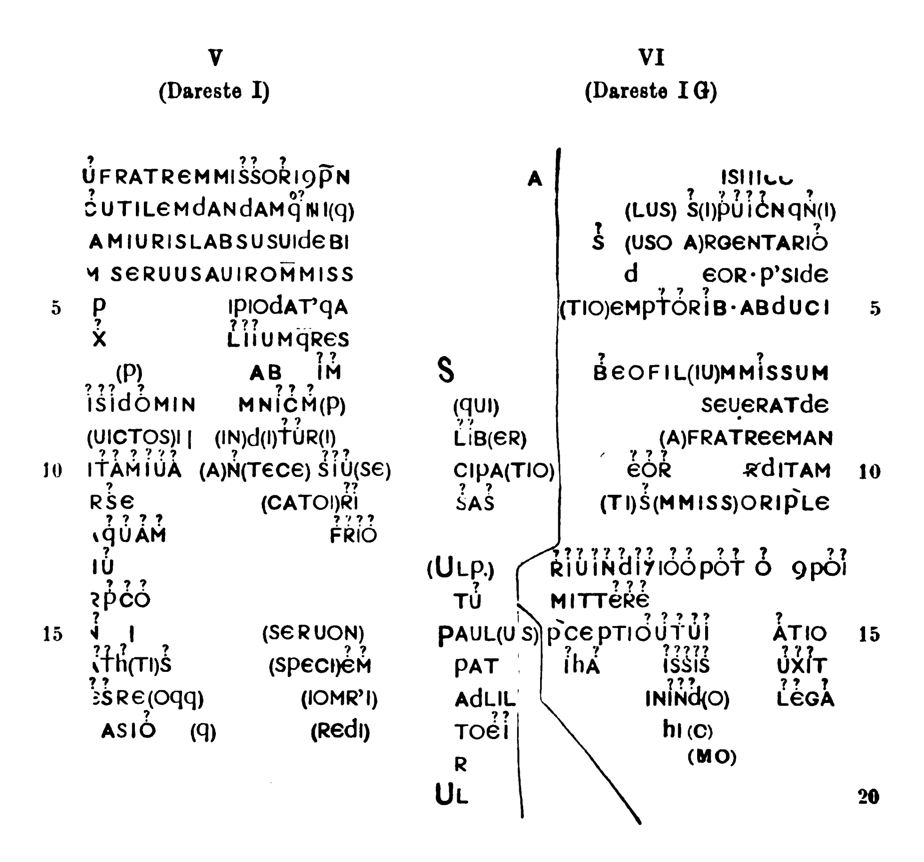
Kolumne 2: Die vor dem Strich auf Zeile 1—10 von Dareste gelesenen Buchstaben fehlen auf dem Lichtdruck, sind also wohl abgebröckelt; die folgenden Zeilenanfänge hängen jetzt noch mit der ersten Kolumne zusammen; der rechts vom Strich stehende Theil ist durch Zusammenschrumpfen schwer lesbar geworden; insbesondere lassen sich die Runzeln im Lichtdruck schwer von den Schriftzügen unterscheiden. 1 Ueber SUI steht mit kleinen Buchstaben ergänzt XeSC.

III
(Dareste B C)

LLSSIS
SERUOSABEOQUINOI id CON
ANTECRIMENINLATU MMMIS
AdLIB·TEMPUENIRE PLACU(ITSO)
5 MISSIqq·SIMILITERU (1)PATRO(N)U'
INCENSORUMCRIMIN T(ENE)
BUNT'
ULP· q·A MECENSUS EMPOR(E)
NFUE RINTLIBERI A
10 PAUL·SICLUSOCEN MISSISUN
NECP'TEACENSUS SEIN(C)E
SORUMPO ISN N
PAUL·QUARE IPSISICLUSO
MISSISUNT
15 APU ETERESATANTEq CENSUS
dc USIUdICARE TESOB
TIN(E) EOSTITIT IO
P CTALI BP·XXX
CO BERIS
20 MIS IN

IV
(Dareste C)

ULP· EXCEPTIS QUITTOLIB·TEM
RUNT
QSIU·BISFC·LIB·TEMACCE
EOR·C·PBANDAM
5 SERUUMIN E
COMM(I)S(SO) (C)EUE
UINdICARIPU UFRUS
MI(TTATIST)ITITCUMP'TFI
R(I)SS(INE)dOM NOEERdI
10 PRIUSqUSUCAPIAT IUSTA
TATEMAF(CSIO) CCIPE
(ACO) (INT)REMOTAL
PRISTIN(UMR)Eddi
(qPUBLI)CANdUSE
15 dOMINIEEdESINIT(I)NIE
INIEC(TIONEE)IEUMqRE
LIB·ATEEIUSqMPFESSU(S)
LIB·TEM (IP) d hAd



VI, 11 Der Anfang der Zeile 11 ist im Apographum I von Dareste ausgefallen. 18 O hinter ININd fehlt jetzt nach dem Lichtdruck.

VII
(Dareste H K[1])

I UNAS (PI)GN(US | LIB)
(MODO | HIS)
(AN)d(IS) |
(TAS) IIM
5 QdIUOMARCOP
dISPLITLOCUMHAB(eTINRIT)
FACTOSIBONAUeNITURASINT
UINUACANTIB·POPULOU | (IN)
10 CATISNHABERE9STITUTIO
APTeCAUeT
ULP· T ⅂MII
PIS d(eNLI)
(S)ed O SI | (UeTeRe)
15 R (IdeCIS)
ASeT | ed II
SUUM | UTRIXA
NUS IPFISCISIU | eNIeFUIT
C N(AI
20 S(UO ITO | OMMISSOS
U (INT) | AUTI
(RI)
deFU C | ON
I .ICIU MI
25 AN | SCRIPTIS
ORESO d
Side(RA)N(TIB·) | AUFeRI
PA(UL·) | RA(TIO)
30 | B

VIII
(Dareste L[1])

PUPILLIABUI
(A)SdATUMN̄dURA(Re)
(Q)UI(S)IIAMeTA
IIS ePCFACIAT
MdIFFe 5
U
dHUIUN
dATI(P)
10
15
NP
SdU 20

[1] Im Apographum von Dareste sind K und L verwechselt.
VII, 1. 2. 9 sind die rechts vom Strich stehenden Buchstaben nach dem Lichtdruck abgebröckelt.
VIII, 2 ist zu Anfang A, zum Schluss Re abgebröckelt.

IX

(Dareste F)

(cei)q

eLIMTORU

ueROp'BU

esepp MINORes XX

5

eCULIUMeMCIpATOr

MITINTRAANN·el

I speCULIARISe

dABIT INUSII

10 e M/ TUSSe

X

(Dareste J)

(URpSONA)

X \

(p) (X)X(M)M IpLIB(OR)

(A)TCMM(ITTITeTLA)TI(I)

5 hReeTFILIUSII

NIO

(TISeVIAeVTqFILI)

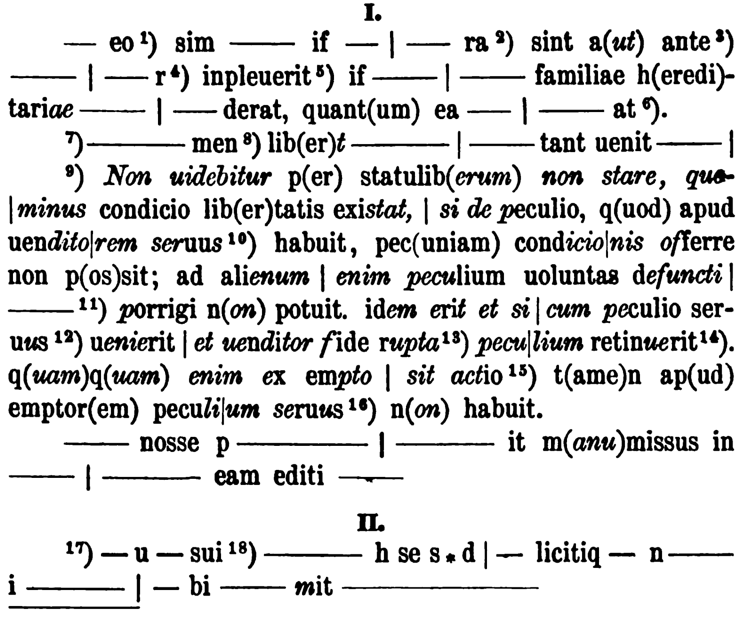
(STATIT V TVR)

(NALIeN) (TINe)

Nach dem obigen Apographum lässt sich nun der Text folgendermassen restituiren [1]:

---

[1]) Einzeln stehende Buchstaben sind durch Sterne bezeichnet, sonst sind die Lücken durch Striche ausgefüllt. Abweichungen vom Apographum (und Ergänzungen derselben) sind schräg gedruckt. Das Eingeklammerte ist Auflösung der in der Handschrift gebrauchten Abkürzungen.



I.

— eo[1]) sim —— if — | — ra[2]) sint a(*ut*) ante[3]) —— | — r[4]) inpleuerit[5]) if —— | —— familiae h(eredi)-tari*ae* —— | — derat, quant(um) ea — | —— at[6]).

[7]) —— men[8]) lib(er)*t* —— | —— tant uenit —— |

[9]) *Non uidebitur* p(er) statulib(*erum*) *non stare, quo*-|*minus* condicio lib(er)tatis exi*stat,* | *si de p*eculio, q(uod) apud uen*dito*|*rem ser*uus[10]) habuit, pec(uniam) cond*icio*|*nis of*ferre non p(os)sit; ad ali*enum* | *enim pecu*lium uoluntas d*efuncti* | —— [11]) *porrigi* n(*on*) potuit. id*em* eri*t et si* | *cum pe*culio seru*us*[12]) u*enie*rit | *et uend*i*tor f*ide r*upta*[13]) *pecu*|*lium* retin*ue*rit[14]). q(*uam*)q(*uam*) *enim* ex em*pto* | *sit act*io[15]) t(ame)n ap(ud) emptor(em) pecu*li*|*um ser*uus[16]) n(*on*) habuit.

—— nosse p —— | —— it m(*anu*)missus in —— | —— eam editi ——

II.

[17]) — u — sui[18]) —— h se s∗d | — licitiq — n —— i —— | — bi —— mit ——

[1]) Nicht richtig liest Dareste *ic·* statt *eo* [2]) *ra* ist sicher; Dareste liest *tilia;* vielleicht ist ein Stück zu Anfang der Zeile seitdem abgebröckelt; vgl. Note 4 [3]) *ante* Dareste; das *e* ist zweifelhaft [4]) Dareste *od.* statt *r* [5]) Vielleicht *inpleuerat* [6]) Esmein verweist auf l. 15 pr. *de statuliberis* (40, 7): *Mortuo herede si statuliber locupletiorem hereditatem tanta pecunia, quantam dare sit iussus, fecerit, ueluti creditoribus soluendo, cibaria familiae dando, statim eum ad libertatem esse uenturum existimauit* [7]) Das folgende ist eine nota [8]) *men* oder *meǹ* (= *me nam*); Dareste liest *meč* (= *me causa?* nicht = *mecum*) [9]) = l. 35 *de statuliberis* (40, 7) [10]) *seruum* hat die Handschrift [11]) Hier hat noch etwas gestanden, vielleicht nur durch Schreiberversehen; nach den Digesten fehlt nichts [12]) *seruos* hat die Handschrift [13]) *fide rupta]* dafür liest Dareste — *iseruos* — [14]) *rcinuserit* Dareste [15]) *actio]* — *lio* Dareste [16]) — *ruos* Dareste [17]) Dareste giebt Zeile 1—6 der Handschrift so wieder:

U SISITFISҺSOLU
LICITIQ Һ
BI
ULP. TURIO OC
MUML INCIRINISISIAL
ϽSENSITITERUMNEQNA LI

[18]) Ueber *sui* steht *xesc?*

Ulp ——————— nudn * idat | mum 1 ——————— ri nisi si al[1]) | c(on)sensit iiorum[2]): neq(ue) (e)n(im) uic | * * * git aut[3]) h(*ere*)di datur; et ideo si | * * so[4]) n(on)[5]) h(ere)di dare iussus[6]) ——— | coeperit a n(*on*) h(ere)*de* * *[7]) postulare | * * ibuat(ur) iul. ea b * * * dar——[8]) | q(*ui*)a p(*ro*)prietas * * * g * r * as ingin | us[9]) p(er) s * * * d * in rs * * potuit, de[10]) | quo pleriq(ue) c(on)sentiunt; n(*am*) * * * a | lege it(em) se * bcoluitm * [11]) h(ere)d —— | * * no fortasse taedio * * neces|sarius an uoluntarius h(*e*)res | h(ere)di existat. quolibet et[12]) necessa|rio h(ere)de existente ab[13]) * * d — | l. intellegi * ol ita uerum[14]) — [15]) | mort(em) h(ere)dis * * n dimisso ——[16]) | p(ost) Hadr(iani) *imp*(*eratoris*) constitution*em*[17]) | statulib(er) *p*(*otest*) *h*(*ere*)*d*is h(*ere*)di dare.

Ulp(ianus). Sed cu[18]) * * * lio m ——— | h(*ere*)*d* * * *d*are p(os)s*e*[19]) *re*cte ——— | et * * *[20]) scr. q(uo)q(ue) ut * sr ————— | b. si * ibant.

ιγ' S*u*b cond(icione) rationum redden|darum m(anu)*miss* ————— | ei q(u)i test(*amento*) cu —————[21])

III.

—— cessis[22]) ———

Seruos ab eo, qui no*n*d(um) cen*sus est*[23]), | ante crimen inlatum manumis*sos*[24]) | ad lib(erta)tem p(er)uenire placuit.

---

[1]) Statt *si al* (so Dareste) steht vielleicht *su** [2]) Dareste liest *consensit iterum*, aber — *orum* scheint sicher dazustehen und damit kann *consensit* nicht wohl bestehen [3]) Dareste liest *neq*(*ue*) (*e*)*n*(*im*) *a * * li * * * | tori aut;* hinter *enim* stehen aber sicher nur 3 Buchstaben [4]) Statt * * *so* liest Dareste *Titio*, sicher irrig [5]) Statt *n*(*on*) = N̄ steht vielleicht *n*(*am*) = Ñ [6]) Vgl. l. 94 de c. et d. (35, 1) [7]) Oder *h*(*e*)*rede* [8]) * * *ibuat*(*ur*) *uil. c * ib' sacræ se Dareste* [9]) *incin*|*us* Dareste; vielleicht *ingenu*|*us?* [10]) *ps * * * * dinp'sefil * * * uude* Dareste [11]) *lege tuscubcoluithe* Dareste; vielleicht steht zu Anfang der Zeile *lege it*(*em*) *s*(*enatus*) *c*(*onsulto*) [12]) *ut* Dareste [13]) *al* Dareste [14]) *intellegi * outanorum* Dareste [15]) *uerum e*(*st*) *si p*(*ost*) hätte Platz [16]) *h*(*ere*)*dis * condimisso* Dareste; *nond*(*um*) *m*(*anu*)-*missus e*(*st*), *q*(*uia*) hätte Platz [17]) *p * l * adr * am * * * constitutioni* Dareste. Dieselbe Konstitution citirt l. 20 § 4 *de statuliberis: Heredi autem iussum dare etiam heredis heredi dare posse diuus Hadrianus rescripsit; et si hoc sensit testator, etiam in legatario idem dicendum est;* vgl. l. 34 pr. eod. l. 94 § 1 de c. et d. (35, 1) [18]) Oder *co* (so Dareste) [19]) *h*(*ere*)*di * are p'se* Dareste [20]) Vor *scr.* könnte ꝗ = *quia* stehen [21]) Vielleicht *cum libertate institutus est* [22]) *cessis* liest Dareste [23]) *quinodiducenti* Dareste [24]) *m*(*anu*)*missi* Dareste.

m(*anu*)[1])|missi q(*uo*)q(ue) similiter u*t*[2]) patronus | incensorum crimine tene|bunt(ur)[3]).

Ulp(ianus). Q(u*i*)[4]) a me(?)[5]) census *t*empore[6]) | n(on) fuerint[7]) liberi ***** a —[8]).

Paul(us). Si cluso cen*su* *m*(*anu*)missi sunt | nec p(os)tea census *actu*s e(*st*)[9]), ince*n*|sorum poenis n(*on*) *tene*n*tur*.

Paul(us). Quare ipsi si cluso *censu* *m*(*anu*)|missi sunt[10]).

Apu*d* *ue*teres[11]) a(u)t(em) anteq(uam) *in*census | do*mi*nus iudicaret(ur), *lib*(*erta*)tes ob|tine*r*e constitit —— io — | ——— p * ctali[12]) ——— bp.[13]) XXX | ——— co[14]) ———— l*i*beris | * *m*(*anu*)mis ———— in |

IV.

Ulp(ianus)[15]). Exceptis qui t(*estamen*)to lib(erta)tem *accepe*|runt.

Q(uod) si u(*er*)bis f(idei)c(ommissi) lib(erta)tem acce*perunt,*| eor(um) c(ausam) probandam.

Seruum in —— e ——— | commisso[16]) *** ceue —— | uindicari pu[17]) ** u frus*tra* —— | mi ***** itit[18]), cum p(os)t fi —— | ris sine dom*i*no e(*ss*)e r(espon)di ——— | priusq(uam) usucapiat(ur) iusta*m* *liber*|tatem a f(*idei*)c(*ommis*)-s(*ar*)io *n*(*on*) *accipere*[19]) —— | ** aco —— int remota l ——| pristinum reddi[20]).

---

1) *placuit so* Dareste 2) *ui* Dareste 3) *teneb'* | *bunt*(*ur*) Dareste 4) Wenn nicht über dem *q* noch ein *i* steht, so ist *q·* = *que* 5) Es scheint $m^{a}e$ dazustehen; das kann nicht als orthographische Verschlimmerung für *me* gemeint sein, da *mae* für *me* kaum je geschrieben worden. Auch könnte in dem voraufgehenden *a*, nach dem Zwischenraume zu urtheilen, eine Abkürzung stecken, falls nicht etwa ein Buchstabe fehlt oder wegen Pergamentfehlers Raum gelassen ist 6) *emfore* Dareste 7) Es ist wohl wegen eines Pergamentfehlers *fue rint* geschrieben 8) Möglicher Weise schliesst die Zeile mit *liberi* und das scheinbare *a* ist nur durch Runzeln oder Schmutzflecke gebildet; dann wäre aber der Text durch Auslassungen entstellt 9) *census ** asc'* Dareste 10) Hinter *sunt* ist leerer Raum; die nota ist unverständlich 11) *apudu**eres* Dareste irrig 12) *p***etali* Dareste 13) *b*(*onorum*) *p*(*ossessio*)? 14) *com* Dareste 15) *Ulp.* ist nachträglich am Rande zugefügt 16) Dareste ergänzt *fidei*|*commisso;* möglich wäre auch *ab* | *eo m*(*anu*)*missum* 17) *po* Dareste 18) Für die Lesung von Dareste *mittatistitit* fehlt es an Platz 19) So ergänze ich mit Dareste, welcher liest *afcsio*** *ccipere;* statt *fcsio* wird wohl *fcrio* zu lesen sein; der folgende Raum wird schon durch *n̄. a* ausgefüllt 20) Vielleicht steht *reddi**

——— q publicandus e—— | domini e(*ss*)e desinit
inie[1]) ——— | iniectione et[2]) eum q(ui) re—— | lib(er)
a te eius qm p(ro)fessus[3]) —— | lib(erta)tem[4]) ——— ip**
d(iu*) Had*rian* ———

V.

——— u[5]) fratre m(*anu*)missori[6]) c(on)p(rae)(?)n[7]) |
——c[8]) utilem dandam, q(u)on(iam) *per*[9]) ig|*noranti*am iuris
labsus uidebi*tur*[10]).

[11]) *Dotale*m seruu*m*[12]) a uiro m(anu)mis|*sum* — p——
*manc*ipio datur, q(*ui*)a[13]) | —— x ——— liium[14]) q(uae)
res[15]) | ——— p —— a*b** im[16]) | ——— *n*isi do-
min*us* *o*mni *e*mp[17]) | ——— *e*uictos i*[18]) ** indituri*|
——— itamiua[19]) * antecesiuse[20]) | ——— rse[21]) ———
catoiri | ——— quam ——— frio[22]) | ——— iu ———
——— | —— rpco——— | —— n ——— seruo n |
—— athtis ——— speciem[23]) | —— es reo qq ———
iomr'i | ——— asio***q ——— redi

VI.

—— a ——— is——— | ——— lus*sipuic[24]) nqni |
——— s — uso * argentario | ——— d —— eor(um)
p(os)side | ——— tio emptorib(us)[25]) abduci | ———
S——— b eo filium m(*anu*)missum | qui———
seuerat de|liber——— a fratre eman|cipat*o*[26])—— eor*****
r(espon)di[27]) tam|sas——tis m(*anu*)missori p(rae)le|*gat* ———

[1]) *inte* Dareste [2]) *et* hat Dareste [3]) *eiusquinpessus* Dareste [4]) *lib. tes* Dareste [5]) Dareste liest *li* statt *u* und ergänzt *naturali* [6]) Dareste liest *m missor'i* und macht daraus *m*(*anu*)*misso r*(*espond*)*i*; bedenklich ist, dass wohl *r* (durchstrichen) allein, und auch *rdi* für *respondi* vorkommt, nicht aber *ri* [7]) Hinter *n* (Dareste liest *o*) steht vielleicht noch ein Buchstabe [8]) *e* Dareste [9]) *per* ist ausgelassen [10]) *uideb** Dareste [11]) Ueber die Freilassung von Dotalsklaven vgl. l. 7 C. de servo pign. dat. (7, 8) l. 21 de manum. (40, 1) l. 62—64 soluto matr. (24, 3) [12]) Die Handschrift hat *seruus* (*seruum* irrthümlich Dareste) [13]) *qi* statt *qa* Dareste irrig [14]) *lium* Dareste [15]) Oder *rus* (*us* als Ligatur geschrieben) [16]) *p***m**a libimiu* Dareste; *li* passt nicht zum Raum zwischen *a* und *b* [17]) Dareste liest ———*fid' ₉miin**** temp'* [18]) *lu* Dareste [19]) *itamtu* Dareste [20]) *tose* statt *iuse* Dareste [21]) *pse* Dareste [22]) Dareste liest ——— *inom* ——— *frisri* [23]) *speciem* Dareste; ich lese ——— *cm* [24]) *te* Dareste; im Lichtdruck ist nur **IC** zu erkennen [25]) *empliari*-*b*(*us*) Dareste [26]) *eman*|— *ratio* Dareste [27]) Dareste liest *eorfaci*-*r*(*espon*)*di*, aber *faci* füllt den Raum nicht aus.

Ulp(ianus). ***ri uindic(at)io e(st)[1] pot*o**c(on)po[2]| tu* *m*(*anu*)mittere.

Paulus. P(rae)ceptio ut ui*ndic*atio | pat*****i ha —— issis —— *perd*uxit[3]) | ad li*bertatem* —— in indo ——[4]) lega|to ei[5]) ——— hic——— | r ———— mo———

Ul*pianus*

VII.

——— unas*pignus[6]) lib —— | ———— modo his —— |——————— andis ——|tas —— iim————

[7]) Q(uod) diuo Marco p*ro libertatibus conseruan*|dis pl(*acu*)it, locum habet inrit*o testamento* | facto, si bona uenitura sint; *ali*|*o*quin uacantib(us) populo[8]) uindi|catis n(on) habere c(on)stitution*em locum* | ap(*er*)te cauet(ur).

Ulp(ianus). —— t —— mii[9]) —— | pis[10]) ——— denli ————— | sed ** o ***si ———— uetere | r —— idecis ————— | aset ———— ed*ii[11])— | suum ———— utrixa ——[12]) | nus*i p(rae)fiscisiu —— enie fuit[13]) | c*nc*at[14]).

[15]) S*e*ruo*s autem* testament*o* m(*anu*)missos, | u*t bona suscipia*nt, *iure* cautio|*nem*[16]) *offer*r*e non minus quam cete*|*ros* defu*ncti*[17]) *libertos aut*[18]) *extrari*|*os declarauit; quod benef*iciu*m*[19]) mi|*noribus* an*nis heredibus* scriptis *auxili*|*um bonis praestitutum m*ore so*lito*[20]) de|siderantib(us) *non* aufer*tur.*

Paul(us). ———— ratio — | ———————— | ——————— b |

[1]) Dareste liest *uindicatioē;* statt dessen liest man im Lichtdruck eher *uindi 7 ioo* [2]) Hinter *po* scheint nach dem Lichtdruck noch *i* zu stehen; Dareste liest *poterit 9 po* [3]) Dareste liest diese Zeile so: *cut* ——— *ha *** ricussiq ** uxit* [4]) Es ist wohl *in uindicationis* zu lesen [5]) *et* Dareste [6]) *incnispignus* Dareste [7]) = l. 50 pr. de manum. test. (40, 4) [8]) *fisco* Digesta [9]) *tatre* statt *mii* Dareste [10]) *ris* Dareste [11]) Dareste *filia* [12]) Dareste liest die Zeile so: *siuetantdniin* ——— *usprm 9* [13]) Dareste liest *nueatpiusetsiu* ——— *entefuit* [14]) Dareste liest *de ** erat* [15]) = l. 50 § 1 eod. [16]) Für *idoneam,* welches die Digesten einschieben, ist kein Platz. [17]) Dareste liest ——— *nderunt * d* [18]) Für *aut* scheint die Handschrift *[n]on* zu haben [19]) *pictu ** liest Dareste [20]) Den Schluss der Zeile liest Dareste so: *tatoroso* —

VIII.

——— pupilli ab ui[1]) ——— | ——— as datum
n(on) durare ——— | ——— quisiiameta ——— | ———
iis** ere[2]) faciat ——— | ——— m diffe ——— |
——— | ——— u ——— | ——— dhuiun
——— | ——— dati p ———

IX.

——— ceiq ——— | ——— elimentorum
——— | ——— uero p(rae)b[3]) ——— | ——— ese p(ro)p-
(ter) minores xx ——— | ———
——— *peculium* em(*an*)cipator*um* ——— | ——— mit
intra ann(um) eu[4]) ——— | ——— li * s[5]) peculiaris
e ——— | ——— dabit** inus ii[6]) ——— | ——— e * m
——— tus[7]) se ———

X.[8])

——— ur p(*er*)sona ——— | ——— x ——— |
——— p** XX m(*anu*)mi ** ip[9]) libor ——— | ——— ate
m(*anu*)mittit[10]) et Latii ——— | ——— h re et filius ii ——— |
——— nio *
——— tis euiaeutq fili ——— | ——— statit * u *** tur[11])
——— | ——— n alien ——— tine ———

———

1) Dareste liest auf dieser Zeile *utatur* 2) Dareste liest *rlibere;* für das letzte *e* lässt der Lichtdruck nur *c* erkennen 3) Der Buchstabe hinter *b* kann *e* (so Dareste) oder *c* oder *u* oder *o* sein 4) *eo* Dareste 5) *lis* Dareste; ob der erste Buchstabe ein *l* oder *c* oder *e* ist, bleibt unsicher 6) *dabiturinusit* Dareste 7) *ema* ——— *tus* Dareste; vielleicht stand *e emancipatus* 8) Dareste liest dies Fragment so:

URPSONA
O IRECIS
P XXMMITTURLIBOR
ATEMMITTITETLATII
MIFILIUSETFILIUSIL
ITUR
TISEVIAEVTQFILI
STATIT V TUR
NALIEN TINE

9) *xxmmittur* Dareste; aber zwischen *i* und *p* (oder *r*) ist kein Platz für *ttu* 10) Oder *a te m*(*anu*)*mittit*(*ur*) 11) Diese 2 Zeilen sind als Titelrubrik roth geschrieben.

———

IV.

Die Pariser Papiniansfragmente.

Von

Herrn Geheimrath Dr. **E. Huschke**

in Breslau.

Die kürzlich in Paris zum Vorschein gekommenen und von Herrn Rodolphe Dareste unter dem Titel „Textes inédits de droit romain" herausgegebenen Bruchstücke aus Schriften Römischer Juristen und zwar, wie nachstehend gezeigt werden wird, aus einer Handschrift von Papinians Responsen mit den Noten des Ulpian und Paulus hatte ich, nachdem mir diese Erkenntniss geworden, in der Voraussicht, dass man so dürftige und in so elender Gestalt auf uns gekommene Fragmente sehr bald nur noch in Sammlungen vorjustinianischer Rechtsquellen suchen würde, und bei der Möglichkeit, dass es mit meiner iurisprudentia anteiustiniana vielleicht bald noch zu einer neuen Ausgabe kommen könnte, im Zusammenhange mit dem schon in besonderer Schrift behandelten Berliner Doppelblatt aus eben dieser Papinianischen Schrift zur Ersparung doppelter Mühe sogleich für diese neue Ausgabe in lateinischer Sprache bearbeitet. Täuschte diese Möglichkeit, so erschien der Schade längeren Aufschubes nicht gross, da die Wissenschaft doch jedenfalls nur geringe Ausbeute aus diesem neuen Funde hoffen darf; und im Nothfall konnte meine Arbeit oder doch das Wichtigere aus ihr auch noch früher in anderer Form besonders bekannt gemacht werden.

Jene Bearbeitung kam inzwischen in die Hände eines litterarischen Freundes, der die Einschlagung des letzteren Weges auch ohne Nothfall für richtiger hielt, weil schon Dareste das besondere Interesse neuer Aufschlüsse, welche diese Fragmente über die manumissio censu verheissen, hervorgehoben hatte, und im übrigen die neue Bearbeitung doch auch in anderen Beziehungen manchem, der sein Augenmerk

auf diese Fragmente gerichtet hätte, den einen oder andern erwünschten Fingerzeig gewähren könnte.

Seinem Rathe folgend mache ich nun hiermit von meiner Bearbeitung vorläufig denjenigen Theil bekannt, der dazu nach jenem Gesichtspunkt und nach meiner eigenen Beurtheilung muthmasslicher Leserwünsche geeignet erscheint, d. h. die Einleitung und den Text der neuen Fragmente auf pages B, C, D und H nach Darestischer Bezeichnung mit meinen Anmerkungen.

Incrementum hae ex Papiniani responsorum libris cum Paulli et Ulpiani notis reliquiae nuper senserunt ex laciniis quibusdam membranaciis, quae item ex Aegypto et regione illa antiquae Arsinoes oriundae nunc Parisiis in museo 'du Louvre' asservantur, vulgatae inde sub hoc titulo: *Textes inédits de droit romain par R. Dareste. Paris* 1883. Sunt autem quattuor frusta opisthographa perquam lacera et diversi modi, sed, ut visum est Darestio[1]), unius eiusdemque folii litteris uncialibus, non raro etiam singularibus sive notis iuris, ab utraque parte et (quod Darestius monere supersedit) per binas quas proprie nunc vocant, columnas scripti: quibus in frustis quod in integro codice, amplo ad dexteram et sinistram margine relicto, scriptum erat legique adhuc potuit, cauta purgatione et chemicis remediis fortasse nondum adhibitis, Darestius cum tamen non octo, sed duodecim, ut ipse appellat, paginis repraesentavit litterisque A B C D E F, G H I J K L insignivit, amplissimum frustum ipsique Darestio primum (A B — G Hv), in quo aperte duae versuum quanquam e longinquo iuxta se positae series in tabula heliotypica apparent, itemque aliud, in quo idem licet tectius apparere tamen negari non potest (D E et K Lv), utrobique duas illas versuum series eiusdem frusti tacite pro duobus quasi frustis et foliis esse iubens et paginas appellans, sic octo paginas effecit, quibus ex reliquis duobus frustis minoribus item opisthographis accedunt quattuor. Eorum quidem in uno a Darestio repraesentato tantum in C et Iv item duae versuum series iuxta se verum non e longinquo sed parvo tantum spatio vacuo intermedio ideoque aperte in eadem

---

[1]) An iure? dubito. Primum enim 'paginas' vel fragmenta A et B (in tergo G et H), de quibus statim dicetur, non, ut opineris, binarum eiusdem folii columnarum, sed binorum foliorum tantum complicatorum scripturam continere, iam spatii interiacentis litteris vacui magnitudo evincit, idque confirmant in heliotypia complicationis, qua ex uno duo folia gemina fiebant, conspicua in medio, ni fallor, certa vestigia. idem vero statuendum videtur etiam de D E et K L. Praeterea etiamsi non omnium 'paginarum' (rectarum vel versarum), quae pleraeque tantum columnae incertum sinistra an dextera sunt, versus connumerari posse ad aestimandam ceterum incertam codicis altitudinem in aprico est, tamen etiam hac ratione a statuendo uno tantum folio prohibemur, quod id insolitam codicis altitudinem praeberet.

pagina scriptae sunt, prior sinistra fines, altera dextera initia versuum continens (in tergo vice versa); est scilicet unicum, quod utpote ex medio tantum aliquo folio superstes nobis probat, etiam codicem, unde haec fragmenta servata sunt, per columnas scriptum fuisse. (A scilicet et E^{v} tantum cum parte aliqua interioris marginis columnam dexteram, in A usque ad marginem, cetera frusta alicuius incertum cuius columnae fragmenta praebent.)

Ceterum quo ordine frusta in integro codice secuta fuerint et quae paginae eorum priores quaeque posteriores fuerint (praeterquam quod de pag. A antecedente B, et de G similiter H, item de columna priore antecedente posteriorem in C et I^{v} iam dictum est), nunc certe et donec iterum feliciorique successu hae laciniae tractabuntur, dici non potest. Sed et frustra foret mea sententia, qui ex scripturae reliquiis in frustis, quae supersunt, earumque opinata cohaerentia subsidium in iis quae perierunt, restituendis, posse quaeri speraret. A qua sententia interim necdum recedo, postquam comperi, iam superiore anno doctissimum Alibrandi, ut Scialoja in 'studi Senesi' Vol. I (1884) p. 87 seq. ipse cum aliis probans retulit, observasse sibi visum esse, priorem columnam in pag. C partem esse paginae B, cum versibus eius abruptis in fine ab altero usque ad sedecimum coniungendam velut hoc modo:

(2) Seruos ab eo qui n*[on e]* d||id*[it]* cen*[sui]* (3)ante crimen inlatu||m m(anu)miss*[os]* (4)ad lib(erta)tem p(er)venire||placuit s(ed) o- (5) missi*[one peculii eorum]*||patronus (6)incensorum crimine|| teneb(itur) *[nec ii tene]* (7)bunt(ur) *etc. (vid. cetera infra ad C.)*

Quod ingeniose sane excogitatum ut in quibusdam speciem habeat, tamen in aliis plane non satisfacit, sed offendit. Et ut alia h. l. taceam, adiuncta ita C ad B nascitur folium immodicae latitudinis; in heliotypia non apparet, sic nihilo interiecto continuari posse versus in B deficientes; solitus litterarum numerus in versu non servatur, nec Darestii lectionem etiam probabilem in tantum decipere credibile est.

Omnes servatae laciniae partim tritura vel scissura partim situ et squalore tam sunt deformatae, ut pauca tantum in iis sive verba sive singula elementa potuerint legi et de restitutione sententiarum plerumque desperandum sit. Darestius quidem praeter lectionem suam litteris capitalibus pro uncialibus expressam, hiatuum vero spatiis anxie non indicatis, cui lectioni ex adverso in alia pagina 'restitutionis' periculum posuit, etiam tabulas heliotypicas addidit, sed ipse, quod et res confirmat, fatens lectionem iis parum iuvari. Quare nobis editoris lectio, quam vulgaribus litteris repetimus, vice codicis interim esse debet.

Quo ex opere haec fragmenta nobis servata sint, editor ne coniectura quidem significat. Quam tamen iam solius Paulli et Ulpiani nomina similiter ut in Berolinensibus ex Papiniani responsis superstitibus membranis minio passim notis praescripta satis tuto indicabant. Sed coniectura iam opus non est. Rem confecit omneque dubium sustulit a compluribus doctis viris, in Germania a Zachariaeo de Lingenthal, alibi ab Alibrandio, Esmeinio et Scialoja, referente id hoc ipso l. c., facta eodem fere, ut videtur, tempore observatio, ea quae in

pag. D media Darestius legit, in L. 35 D de statulib. (40, 7), quae in media pag. H, in L. 50 D. de manum. testam. (40, 4) modo plenius et emendatius verbo tenus contineri, utroque vero loco Papiniani responsorum libro IX inscripto, in quo constat de manumissionibus eum egisse. Hoc vero inventum etiam alia duo nos docet: primum Darestii lectionem etiam ubi satis certa videtur, eam fidem plerumque non merere, cui coniecturalis restitutio tanquam certo fundamento insistere possit. Alterum, quod rei peritus facile ipse deprehendet, plenos versus in nostri codicis columnis perinde ac in Berolinensi folio duplicato, litteras circiter viginti quinque paulove plures vel pauciores habuisse, ut, cum caetera quoque scripturae, loci, argumenti adeoque similium fatorum indicia aut aperte mirifice consentiant, aut certe in quo discrepantia sit, non appareat[1]), utraque fragmenta ex eodem codice superesse maxima cum probabilitate statuas: codice vero praeterea venerandae antiquitatis; nam post abolitas a Constantino a. 321 L. 1. Th. C. de resp. prud. (1, 4) Ulpiani ac Paulli notas, quis facile Papiniani responsa cum his describenda dedisset? Prius illud me movit, ut quam Darestius suam dicit restitutionem, quanquam interdum ingeniosam et veram, praesertim cum fere nusquam ea plenam sententiam praebeat, omnino tanquam adhuc parum utilem omitterem tantumque selecta ex ea, quae usui esse possent, eaque plerumque modo in notis referrem. Alterum, quod de versuum mensura dixi, certe duobus locis in pag. B et C, ubi plenae sententiae posse restitui videntur, non sine momento erit.

B[2])

cessis
Seruosabeoquinod[3])
antecrimeninlatu
adlib.tempuenire
missiqq.similiterui
incensorumcrimine
bunt′
Ulp. Q.amecensus
n.fuerintliberi

---

[1]) Noli tamen putare, qui error Darestio fraudi fuisse videtur, eam quam Berolinensis folii habemus imaginem scribendo aliquatenus assimulatam esse photographicam.

[2]) Page mutilée à droite. Il manque cinq ou six lettres à chaque ligne (?). La lecture me parait certaine. *Dar. Sunt versus 20 col. 1.* — [3]) *Littera minuta* o *post* n *si non errore pro littera est habita, potest cum sequente, quae periit, fuisse* de *vel* eo *[s detulit]. Ceterum haec Papiniani sunt.*

Paul.Siclusocensu
necp'teacensus
sorumpoenisn
Paul. Quareipsisicluso
missisunt
Apudu eresātanteq̄
do usiudicaret'
tine eꝯstitit

(Sequuntur trium versuum paucae litterae. Pars huius columnae antecedens probabiliter sic restitui posse videtur:)

Servos ab eo, qui n(on) d*etulit eos*[1]), | ante crimen inlatu*m*[2]) *t(estamen)t(o) m(anu)m(issos)*[3]) | ad lib(erta)tem p(er)uenire *c(on)stitit*[4]): *m(anu)* | missi q(uo)q(ue) similiter ui*ndicta* | incensorum crimine *non tene-* | bunt(ur). |

Ulp(ianus). Q(ui) a me census *temp(ore) m(anu) m(issi) p(ro)fessi* | n(on) fuerint, liberi *non erunt.* |

---

[1]) *Versus modus pro* eos *addi patitur* in censu, *quod fortasse non praecesserat.* — dedicaverit. *Darest. scilicet secundum Varr. de L. L. 5, 168. Ci. pro Flacco 32. Gell. 7, 11. Sed praestat Zachar. cj. detulerit, posteriori aevo conveniens. Senec. de benef. 1, 3. L. 4. pr. §§. 5—7 D. de censib. (50, 15). Boëth. in Cic. Top. 2).* qui n[*on* e] d || id[*it*] cen[*sui*] *Alibr. ex pag. C adiuncta. Sed* edere censui *pro* in censum deferre *vix Latine dicitur. — Servos specialiter in censum deferendos fuisse, docent Cic. pro Flacc. l. c. L. 4. §. 5 D. de censib. (50, 15). Poena non delati (puta dolo malo), etiam ipsi cohaerens, ut manumissus ad libertatem non perveniret, adhuc incognita (cf. Fragm. de iure fisci 18. 19). Item, ut ex proximis patet, similis eius poena, qui census tempore a domino quidem (ita tamen ut censorem adiret, non alio modo iuste) manumissus ipse suam libertatem professus non erat: nec id mirum; nam et civis, qui censeri noluit, libertate indignus est iudicatus. Cic. pro Caec. 34, 99.* — [2]) *cf. L. 12. D. de l. Corn. de fals. (48, 10).* — [3]) *Sic iam recte Dar., cui etiam proxime sequentia supplementa debentur. Nota, duo effecisse, ut censu servus liberaretur, domini tempore census iussum (manumissionem) et servi ut civis Rom. censualem professionem. Ulp. 1, 8. Fr. Dosith. 17. Boëth. in Top. 2.* — inlatu||m m(anu)miss[*os*] *Alibr. Sed manumittendi modus desideratur, nec spatium hic et in sequ. versibus expletur. Deinde in his (vid. praef.) immixta 'omissione peculii eorum' aperte vis infertur codicis lectioni, incensi novo modo etiam censi dicuntur, qui 'omiserunt' quasdam res i. e. (?) professi non sunt, et Ulpiani notae omnis certus sensus detrahitur, cum pro 'professi' scribitur 'delati' (?).* — [4]) *vel* placuit *vel cum Dar.* r(espondi) *fortasse recte.*

Paul(lus). Si cluso[1]) censu *p(ro)fessi fuerint*[2]), | nec p(os)tea census *p(er)fectus sit*[3]), *incen*|sorum poenis n(on) *tenentur.* |

Paul(lus). Quare ipsi si cluso censu *alit(er) m(anu)-*| missi sunt, *item liberi fiunt.*

Apud u*e*teres a(u)t(em), anteq(uam) *fraudis* | do*min*us iudicaret(ur[4]), *datas lib(erta)tes ob*|tine*r*e c(on)stitit[5]).

---

[1]) *Antiquior verbi forma pro* clauso *etiam in Pandectis interdum servata. Ceterum ut quae sequuntur, recte intellegantur, notandum est, legitime finiri censum et cuiusque tempus census tantum lustro condito, eoque censum perfici proprie dictum esse (Liv. 3, 24). Quod tamen cum saepe multo post et peculiari semper edicto (Liv. 1, 44) fieret, non raro ob causam aliquam, velut ob mortem censoris, omnino intermitteretur etiam de fine a se censendi operi interim imposito populum monuisse censor credendus est, id quod 'censum claudere' proprie, puto, dicebatur. Nec tamen hoc eum prohibebat, quominus, lustro nondum condito, sive iustam ob causam sive gratia alio edicto vel tacite ipso facto rursus censendi munus susciperet, et maxime quidem, quod nemini id fraudi erat, ante censum clusum manumissorum professiones accipere favore libertatis etiam debebat, nec hi ipsi tum ob omissam census tempore professionem censui se subtraxisse et ob id incensorum poena teneri dici poterant.* — [2]) liberi fiant *Dar. Alibr. nescio quo sensu.* — [3]) actus fuerit *Dar. Non probo. Hoc enim Paullus, ut puto, vult: etiamsi postea lustrum conditum non sit (eo enim facto dubium esse non poterat, cluso censu professos tempore census ideoque recte professos esse). Ipsum lustrum autem non commemorat, quod id iam diu Romae obsoleverat, nec scimus, quid fortasse in eius locum successerit. Quod Alibr. restituit, ut putat, ex pag. C:* (9) Paul. Si cluso censu || [*manu*]missi sunt (10) nec p(os)tea census || a[*ctus est*] ince[n](11)sorum poenis n(on) || [*tenentur*] (12) Paul. Quare ipsi si cluso || [*censu liberi fiant,* recte] (13)[manu]-missi sunt *rursus plerumque arbitrarium est mihique sine sensu; nam manumissione quidem liber servus fit, nec vero eo quod liber fit manumittitur.* — [4]) *Similiter Tab. Bantina 21 (Osk. Sprachdenkm. p. 67. 110). Pro 'fraudis' etiam 'ob fraudem' restituere possis et deinde pro 'datas' etc. n(on) eam ad eum p(er)*|tinere. — [5]) Apud veteres autem antequam censum defraudasse | dominus iudicaretur . . . . per|tinente constitit. *Dar. Pro 'fraudis' ex tab. C* [*in*]censu[s] *(sed C habet et alio versu et initio* censui*) et* (15) do[*min*]us iudicaret(ur) [*liberta*]|| tes ob || tine[*r*]e constitit. *Alibr. Litterae* tes ob *rursus alio versu apud Dar.*

C[1])

col. 1.	*col. 2.*
	Ulp. Exceptisquittolib'tem
iducenti	runt[2])
mmmissi	Qsiubisfc.lib'temacce
placuit so	eor.c̄pbandam[3])
patronu'	Seruumin
teneb'	commisso ceue
	uindicaripo fru
emfore	mittatistititcump'tfi
	rissinedominoeerdi[4])
missisun¯	priusq̄usucapiat'iusta
asc'ince	tatemafcsio ccipe
	aco intremota
	pristinumreddi[5])
	qpublicanduse
censui	dominieedesinitinte

[1]) Deux pages mutilées l'une à gauche, l'autre à droite. Lecture en général certaine, sauf à la ligne 8. *Dar. Sunt versus in priore col. fere 19, in altera totidem.* — [2]) testamento libertatem accepe|runt. *Dar.* — [3]) quodsi verbis fideicommissi libertatem acceperint| eorum causam probandam *Dar. Recte, sed post* acceperint *addendum 'pl(acuit')* | *Sententiam firmant et explicant Gai. 1, 38. Ulp. L. 4. §. 18. D. de fdcs. libert. (40, 5) L. 5. C. eod. (7, 4).* — *Praecesserat igitur hanc Ulpiani notam Papiniani sententia, servos a domino XX ann. minore nisi vindicta causa probata manumissos cives Rom. non fieri.* — [4]) *Inde a v. 6:* vindicari posse frustra manu | mitti constitit cum poterit filius testato|ris sine domino esse respondi, sed cum | (! !) *Dar. Ex inferioribus patet, de servo in bonis fideicommissarii sermonem esse, eumque statim cum potest i. e. antequam usucaptus sit, a rogato manumissum comparari servo, dum in alieno usufructu est, manumisso, de quo cf. Fr. Dosith. 11.* Statim cum potest *intellego: cum ex. gr. hereditas fideicommissario restituta est nec praeterea condicio vel lex impedit manumissionem, sed tantum, quod nondum pleno iure servum acquisivit, quem testator civem Rom. fieri voluit.* — [5]) respondi, sed eum | priusquam usucapiatur iustam liber|tatem a fideicommissario non accipere, non enim posse | iis qui acceperint remota libertate statum | pristinum reddi *Dar. Mea sententia in v. 11. tantum fuit:* tatemafcsio *posse* accipere. *Novam enim incipere sententiam inde a v. 12, prodit, quod iam de servis, non, ut antea, de servo sermo est. Eaque videtur fuisse, quam postea informavi.*

col. 1.	*col. 2.*
tesob	iniectioneeteumqre
	lib. ateeiusquinpessus [1])
p. XXX	lib. tes ip dihad [2])
eru	

(Alterius huius paginae columnae versus, quorum vestigia scripturae exstant, qui sunt undeviginti, omnes restitui posse videntur, maximam partem non tantum sensu sed etiam verbis certis, in hunc modum:)

Ulp(ianus): Exceptis, qui t(estamen)t(o) lib(erta)tem *merue* | runt. |

[3]) Q(uod)si u(er)bis f(idei)c(ommissi) lib(erta)tem acceperint, *pl(acuit)* | eorum c(ausam) p(ro)bandam. |

[4]) Seruum in *bonis f(idei)c(ommis)sarii* [5]), *fidei* | commisso *data lib(erta)t*e, u*t eum, q(ui)* | uindicari p(otest) o*b usum* fru*ctum, si m(anu)*|mittat*(ur)* st*a*ti*m*, cum p(ot)e(st) f(idei)c(ommissa- | ri*u*s, sine domino e(ss)e r(espon)di, *neque eum* | priusq(uam) usucapiat(ur), iusta*m lib(er)*|tatem a fideicommissario *posse a*ccip*e*r*e*. |

In seruos, si semel iustam liberta|*tem* [6]) a*c*c*eper*int, remota *liberta*|*te* pristinum reddi *dominium non potest* [7]). |

I(nter) i(n)cens(um) m(anu)m(issum), qui publicandus e(st) [8]) *et* | domini e(ss)e desinit inte*rim* [9]) *manus* | iniectione [10]), et eum, qui re*cipit(ur)* [11]) *nulla* | lib(ert)ate eius, qui n(on)

[1]) PESSUS *pro* PFESSUS *Dar. vitio codicis an typothetae incertum.* — [2]) *Inde a v. 15:* qui publicandus est ut incensus | domini esse desinit interea, manus | iniectione et eum qui remota li|bertate eius qui non professus est | libertates rescripto divi Hadriani *Dar. Invito codice et sensu inepto.* — [3]) *Fortasse alia eiusdem Ulpiani (an vero Paulli?) nota.* — [4]) *Haec rursus Papiniani videntur.* — [5]) *Maxime spectat heredem fideicommissarium, cuius semper res hereditariae tantum in bonis sunt. L. 63 pr. D. ad SC. Trebell. (36, 1).* — [6]) *Nota, iustam libertatem non esse eius, qui liber esse iussus census tempore suam libertatem professus non erat et ob id recte a domino recipiebatur, de quo agit sequens articulus.* — [7]) *cf. L. 8. §. 12. D. de poenis (48, 10). In fine fortasse fuit 'n(on) p(osse) r(espondi)'. Quod responsum apte etiam hac ratione transitum faciebat ad sequens, ubi casus refertur, in quo ex contrario libertas data interim infirmata postea redditur.* — [8]) *Igitur non ante crimen inlatum ex pag. B v. 2.* — [9]) *Nam postea absoluto criminis domino sine dubio et retro domini fuisse et recte eum manumissum esse apparebat.* — [10]) *quae fit fisci nomine, et notanda est haec eius virtus.* — [11]) *a domino, qui census tempore eum manumisit. Vid. pag. B.*

p(ro)fessus *e(st) suam* | libertate(m), s*ec(un)d(um) rescri*p*t(um)* d(ivi) Had*(riani)*[1]) —

D[2])

ic.sim.
tiliasinta'ante
od. inpleueritif
familiaeh'tari
derat. quant'ea
at
meclib.
tantueni
(9) rstatulib
condiciolib.tisex
eculioqapuduen
iumhabuit[3])pce9d
ferren·[4]) p'sitadali
tiam[5]) uoluntasd
r lucin[6])potuit id ri
culioseruos c cri[7])
nqi iseruos
rcinuserit[8])nq̄q̄ nme
lio[9])tn ap'emptor.pecu
(20) ruosnhabuit

---

[1]) *Illud scilicet interest (nam Hadriani rescriptum periit), quod incensi servi manumissio publicatione infirmata poterat resuscitari domino fraudis absoluto, non item eius, qui suam libertatem professus non erat.*

[2]) Page mutilée à droite et à gauche. Quelques lignes presque illisibles. *Dar. Hoc quam verum sit, docent versus 9—20, quibuscum, ut iam in praefatione dictum est, cum conveniat L. 35 D. de statulib. (40, 7), quae incipit verbis* Non videtur per statuliberum stare, *explicit* peculium servus non habuit, *singula verba, quae lecta esse dicuntur, a veris interdum tantum discrepant, ut an eadem utrobique scripta fuerint, facile, sed immerito, dubites, monendumque de ea re fuerit. Ceterum sunt versus 28.* — [3]) quod apud venditorem servus habuit *L. 35. cit. Vix crediderim, in L. 35 pro* servus *etiam lectum fuisse* mancipium. — [4]) pecuniam condicionis offerre non *L. 35.* — [5]) ad alienum enim peculium *L. 35.* — [6]) porrigi non *L. 35.* — [7]) servus venierit et *L. 35.* — [8]) venditor fide rupta peculium retinuerit *L. 35. In v. 17 nostri folii sine dubio scriptum erat:* ūditor fide rupta, *in v. 18* retinuerit. *De* orcino *Dar. cogitaverat.* — [9]) quamquam enim ex empto sit actio *L. 35. deinde corrige* tm *pro* tn.

nossep
itmmissusin
eameditì

H [1])

incnispignuslib
modohis
andis
tas
(5) Q diuomarcop
disoletlocumhabetinrit
pactosibonaueniturasint
atinuacantib.populouin
cat′sn habere ꝯstitution
(10) ap ace
Ulp. tatre
ris denli
sed si
r idecis
a et
siuetantdniin
nueatpiusetsiu
de erat

---

[1]) Page mutilée à droite. Lecture difficile. Les quatre premières lignes à peu près illisibles. *Dar.* ***Est columna prior in dorso primi frusti ideoque columnae eius alterius (supra B): habet versus 28, connumeratis tribus, e quibus litterae non referuntur. Propter versus 5—10, quos iam dixi consentire verbotenus sub Papiniani nomine cum L. 50 D. de manum. testam. (40, 4), et totam hanc columnam accuratius secundum Dar. et L. 50 cit. eamque ita hic apposui, ut et convenientia simul cum lectionis Dar. dubia fide et versuum in his laciniis mensura facilius cognosci possit.***

Q(uod) divo Marco p(ro) *li(berta)ti(bus) c(on)servan-*
dis pla(cu)it, locum habet inrit*o t(estamen)t(o)*
facto, si bona venitura sint; *ali-*
oquin vacantib(us) populo vin*di-*
catis n(on) habere c(on)stitution(em) loc(um),
ap(er)*te c*avet(ur).

Pro populo ***Dig. habent*** fisco.

Sifilio testqq
int
ri
nderunt d
(spatium trium versuum)
siderantib.[1])
Paul.

V.

Zur ältesten Cognitur.

Von
Herrn Professor **Eisele**
in Freiburg i. B.

Was ich in meiner Schrift über Cognitur und Procuratur über die älteste Gestalt der ersteren ausgeführt habe, hat bei denen, welche sich über diese Schrift ausführlicher vernehmen liessen[2]), grossentheils keine Zustimmung gefunden. Wenn ich mich im Folgenden mit meinen Kritikern auseinandersetze und darzulegen versuche, warum ich ein gutes Theil der vorgebrachten kritischen Bedenken und Gegengründe für nicht stichhaltig erachte, so wird sich andererseits ergeben, dass ich den gemachten Ausstellungen auch die Anregung zu einer Nachprüfung zu verdanken habe, welche mich dazu geführt hat, meine Darstellung bezüglich einzelner Punkte theils zu berichtigen und zu ermässigen, theils zu ergänzen: so dass ich hoffen darf, durch die folgenden Zeilen trotz ihrer vorwiegend antikritischen Tendenz einen Beitrag zur Geschichte des Instituts zu liefern und so die Ueberschrift zu rechtfertigen.

---

[1]) considerantibus *Dar. Certe* desiderantibus *illud in L. 50. §. 1. D. de manum. testam. 40, 4 (ex Papiniani lib. IX resp.) hanc vocem esse, ex ea sola statuere non audeo.*

[2]) Hölder in der Münchner krit. Vierteljahrschr. XXIV S. 17 ff. Fierich in Grünhuts Zeitschrift IX S. 608 ff. Lenel in dieser Zeitschrift IV, 1 S. 149 ff., und zwar mit Beschränkung der Besprechung auf die älteste Cognitur.

Lenel hält mit mir die Cognitur für ein altciviles Institut; im Uebrigen aber erachtet er meine Darstellung als eine nach allen Seiten unbegründete. Er selbst ist der Ansicht, dass der Cognitor des ältesten Processes ebenso wie der des Formularprocesses die Partei auch in iure, bei dem lege agere, zu vertreten hatte. Er geht davon aus, dass nach Gai. 4, 82 das lege agere alieno nomine ja doch immerhin ex certis causis zulässig gewesen sei, und nimmt dann auf Grund der von dem auctor ad Herennium referierten Bestimmung: *ut maior annis LX et cui morbus causa sit cognitorem det* weiter an, dass hohes Alter und Krankheit ebenfalls zu den certae causae gehörten. Dass dieser seiner Annahme das pr. Inst. de his per quos ag. poss. 4, 10 entgegenstehe, ist Lenel natürlich nicht entgangen; er glaubt, das Gewicht dieser Stelle durch die Frage beseitigen zu können: ob es denn im Ernste Jemand einfallen könne, diese Stelle in einer die Geschichte der Cognitur betreffenden Frage als entscheidendes Zeugniss anzurufen? Darauf sage ich, wenigstens solange keine bessern Gründe dagegen vorgebracht werden, als es von Lenel geschehen ist, unbedenklich ja.

Man wird bei Würdigung der in Justinians Institutionen enthaltenen rechtsgeschichtlichen Nachrichten doch zunächst davon auszugehen haben, dass die Verfasser der Institutionen Quellen benützen konnten und benützt haben, die uns nicht mehr zugänglich sind. Allerdings konnten sie diese Quellen auch missverstehen und vor Allem ist Vorsicht da geboten, wo es sich um Nachrichten handelt über die geschichtliche Entwicklung in einem Rechtsgebiet, auf welchem ein Institut in Frage kommt, welches Justinian spurlos verschwinden lassen wollte. Würde man aber so weit gehen, von einem derartigen Bericht von vornherein, ohne weitre Prüfung, nichts für glaubwürdig zu halten, so wäre das in Wahrheit ein unkritisches Verfahren. Man wird vielmehr zu unterscheiden haben zwischen Partieen, welche richtig referiert werden können ohne das antiquierte Institut zu berühren, ohne das verfehmte Wort zu gebrauchen, und solchen Partieen, wo, wenn überhaupt referiert werden sollte, etwas zu dem vollständigen und richtigen Bilde Gehöriges unterdrückt oder geändert werden musste. Wie in dem Institutionentitel 4, 10 die Thatsache, dass es einmal

einen Cognitor gegeben, ignoriert ist, so ist auch in dem Bericht über die Entwicklung der Compensation (4, 6, 30) die Thatsache ignoriert, dass es einmal ein agere per compensationem und per deductionem gegeben: soll man nun deswegen auch die Nachricht, dass unter Marc Aurel eine wichtige Aenderung im Compensationsrecht vor sich gegangen, als unglaubwürdig abweisen?

Wie verhält es sich nun in unserem Falle? Dass die Compilatoren, was sie in ihren Vorlagen auf die Cognitur Bezügliches fanden, consequent gestrichen haben, wenn es nicht angieng, den Cognitor durch den Procurator zu ersetzen (Lenel S. 151): das bestreitet gewiss Niemand, und ich zu allerletzt. Wenn dann aber Lenel S. 152 weiter sagt: die Compilatoren hätten Alter und Krankheit unter den Vertretungsfällen des ältesten Rechts nicht nennen können, sie hätten denn für den Cognitor den Procurator interpolieren mögen; dies wäre aber die positive Behauptung einer unrichtigen Thatsache gewesen, und es begreife sich sehr wohl, dass dieselben Männer, die unbedenklich ein Stück der historischen Wahrheit unterdrückten, doch Anstand nahmen, eine positive Unwahrheit für historische Wahrheit auszugeben: so ist das ganz unhaltbar. Erstens ist schlechterdings nicht einzusehen, warum Alter und Krankheit unter den Vertretungsfällen nicht hätten angeführt werden können, ohne den Cognitor zu nennen; um so weniger, als ja bei den vier angegebenen Vertretungsfällen auch nicht gesagt ist, durch wen und wie die Vertretung geschah. Sodann müsste gerade dann, wenn Lenels Hypothese über den ältesten Cognitor richtig wäre, den Institutionenverfassern nachgesagt werden, dass sie positive Unwahrheit für historische Wahrheit ausgegeben haben. Sie fahren ja nach Angabe der vier Ausnahmen in ihrem Berichte also fort: *et quia hoc non minimam incommoditatem habebat, quod alieno nomine neque agere neque excipere actionem licebat, coeperunt homines per procuratores agere: nam et morbus et aetas et necessaria peregrinatio.... saepe impedimento sunt, quo minus rem suam ipsi exsequi possint.* Damit ist positiv und deutlich gesagt, dass morbus und aetas weder für den Kläger noch für den Beklagten eine Ausnahme von der Regel *alieno nomine*

agere non licet begründete. Es ist also Lenels Annahme unmöglich, dass die Institutionenverfasser hier einen Ausnahmefall unterdrückt haben, um keine Unwahrheit sagen zu müssen; es ist, wenn Lenels Hypothese über die älteste Cognitur richtig ist, nur zweierlei möglich: die Institutionenverfasser haben sich geirrt oder sie haben gelogen. Für letzteres lässt sich kein Motiv entdecken, und erstres ist nicht weniger unwahrscheinlich, da es sich nicht etwa um verwickelte juristische Fragen handelt. Wir kommen demnach zu folgendem Ergebniss betreffend die Institutionenstelle. Sie macht an und für sich den Eindruck, als sollen alle Ausnahmefälle aufgezählt werden; aber auch wenn man diese Frage offen lassen will, so ist doch in der Stelle positiv bezeugt, dass Alter und Krankheit keine Ausnahme begründeten, und bei diesem Zeugniss müsste man sich einstweilen beruhigen, auch wenn dasselbe nicht von anderer Seite bestätigt würde.

Dasselbe wird aber, wenigstens was das Zwölftafelrecht angeht[1]), in ganz entschiedener Weise bestätigt durch die Vorschrift der zwölf Tafeln: *si morbus aeuitasue uitium escit, qui in ius uocabit iumentum dato.* Wenn der Beklagte sich in iure durch einen Cognitor vertreten lassen konnte, so war es unnöthige Zumuthung an den Kläger, jenem ein Fuhrwerk zu stellen; dass das Zwölftafelgesetz eine unnöthige Zumuthung an den Kläger gestellt haben sollte, ist undenkbar, da die unmittelbar sich anschliessende Bestimmung *si nolet arceram ne sternito* ja deutlich zeigt, dass das Gesetz vielmehr dem Kläger nicht mehr als das unumgänglich Nothwendige auferlegen wollte.

Man wird also genöthigt sein, entweder die Civilität der ältesten Cognitur, ihre Zugehörigkeit zum Legisactionsprocess

---

[1]) Es kann behauptet werden, die Bestimmung bei auct. ad Herenn. II, 13, 2 sei aus einem spätern abändernden Gesetz. Auf Gellius n. att. 20, 1, 11 könnte sich diese Behauptung nicht berufen. Diese Stelle spricht, wenn man § 10 mit in Betracht zieht, vielmehr dafür, dass das Zwölftafelrecht in dieser Beziehung sehr lange gegolten hat und durch Gesetz nicht aufgehoben wurde: *populus Romanus . . . passus est leges istas . . . . situ atque senio emori, sicut illud quoque improbitavit, quod, si homo in ius uocatus morbo aut aetate . . . inualidus est, arcera non sternitur* et rel.

aufzugeben, oder aber anzunehmen, dass der Cognitor hier bloss in iudicio — dahingestellt einstweilen, wie? — fungiert habe. Denn davon kann ja keine Rede sein, dass in den im Bericht der Institutionen angegebenen vier Ausnahmefällen ein Cognitor es gewesen sei, der die Vertretung bei dem lege agere besorgt habe! Weist man aber die Cognitur von Hause aus dem Formularprocess zu, so ist eine Anzahl sicherer Rechtssätze über die cognitoris datio unerklärlich, und ist vor allem die Form seiner Bestellung ein Räthsel. Wir müssen also den zweiten Weg gehen, so lange als dieser sich nicht als ungangbar erweist. Wir müssen ihn gehen, auch wenn sonst nichts da wäre, was uns auf eben denselben Weg wiese. Nun ist dem, was ich in der letzteren Beziehung zur Unterstützung beigebracht habe, grösstentheils die Beweiskraft abgesprochen und überdies ist behauptet worden, dass sich meiner Annahme, der Cognitor sei (directer) Stellvertreter in iudicio gewesen, unüberwindliche Hindernisse entgegenstellen. Beides soll jetzt einer genauern Prüfung unterzogen werden.

Beginnen wir mit Selbstkritik: die Argumentation aus § 35 der Rede pro Roscio com. ist unhaltbar. Darin sind die oben genannten Recensenten einig und darin haben sie Recht[1]). Es bleibt aber aus der Rede pro Roscio als unterstützendes Moment noch der Passus in § 54:

> *quaero, quid ita, quum Panurgus esset interfectus et lis contestata cum Flavio damni iniuria esset, tu in eam litem cognitor Roscii sis factus?*

auf die ich in meiner Schrift S. 25 verwiesen habe. Es ist mir nicht verständlich, wie man dieser Stelle gegenüber — meine genannten drei Recensenten ignorieren sie einmüthig — mit dem Zugeständniss zurückhalten kann, dass nach der Darstellung Ciceros in dem Vorprocesse gegen Flavius der Cognitor erst nach der litis contestatio bestellt worden sei. Ganz unnöthiger Weise habe ich

[1]) Persönlich bemerke ich: wenn ich zu der Art, wie ich S. 24 die Worte *iste cum eo litem contestatam habebat* wiedergebe, im Nachtrag S. 248 noch bemerke: die Worte iste u. s. w. bedeuten natürlich an und für sich nicht: „jener hatte gemeinschaftlich mit ihm litem contestiert“: so dürfte es doch wohl unzulässig sein, zu referieren wie Lenel auf S. 153: „die hervorgehobenen Worte übersetzt E. „denn Fannius hatte mit Roscius zusammen litem contestiert“.

einen andern Passus, im § 32[1]), als dagegen Bedenken erregend bezeichnet, und darauf hat sich dann **Hölder** (S. 20) berufen. Die Sache liegt aber einfach so: in § 54 sagt das quum temporale mit aller Bestimmtheit aus, dass die Thatsache der litis contestatio derjenigen der Cognitorbestellung vorausgieng; die andere Stelle sagt über das temporale Verhältniss nichts. Diese zweite Stelle konnte Cicero schreiben, auch wenn die Cognitorbestellung der litis contestatio folgte; die erste konnte er unmöglich schreiben, wenn die Cognitorbestellung der lit. contestatio vorausgieng. Das ist ganz unbestreitbar, und was sich daraus nach den Grundsätzen einer gesunden Exegese ergiebt, ist klar.

Von allen drei Recensenten[2]) wird dann noch pro Rosc. 18, 53 gegen mich angeführt:

> *Quid interest inter eum qui per se litigat et qui cognitor est datus? Qui per se litem contestatur, sibi soli petit: alteri nemo potest, nisi qui cognitor est factus.*

Inwiefern diese Stelle meiner Ansicht entgegenstehe, wird nur von **Fierich** begründet, und zwar so: Cicero lege in diesen Worten das Hauptgewicht auf die litis contestatio; aus den Worten *qui per se litem contestatur* u. s. w. ersehe man, dass er den wesentlichen Unterschied zwischen der Selbstführung eines Processes und der Führung durch einen Cognitor darin finde, dass im ersten Falle der dominus selbst, im letztern hingegen der Cognitor litem contestiere. Mir ist diese Argumentation nicht verständlich. Was für ihn der wesentliche Unterschied sei, sagt Cicero selbst ja deutlich genug: es ist der, dass der Eine *sibi* der Andere *alteri petit;* und was er damit meint, geht wiederum deutlich aus dem Folgenden hervor: *cognitor si fuisset tuus, quod uicisset iudicio ferres tuum; suo nomine petiit: quod abstulit, sibi non tibi exegit.* Auf die litis contestatio legt Cicero gar kein Gewicht; die Worte *qui per se litem contestatur* stehen nur der Abwechslung wegen für den zunächst gebrauchten Ausdruck *qui per se litigat* (als pars pro toto). Könnte darüber je noch ein Zweifel sein, so muss er verschwinden vor der Wahr-

---

[1]) *In hanc rem inquit me cognitorem dedisti. Lite contestata, iudicio damni iniuria constituto, tu sine me cum Flauio decidisti.* — [2]) **Hölder** S. 21, **Fierich** S. 611; Hölder zustimmend **Lenel** S. 153.

nehmung, dass sofort zur Bezeichnung des zum Cognitor in Gegensatz Gestellten noch ein dritter Ausdruck verwendet wird: *suo nomine petere.*

Von dieser Auffassung aus hatte ich es für unnöthig erachtet, diese von mir keineswegs übersehene Stelle zu besprechen. Ich muss aber gestehen, dass damit der Stelle noch nicht völliges Genüge geschehen ist; genaueres Eingehen auf sie ergiebt Folgendes.

Zweifellos lässt sich als Gegensatz zu *qui per se litem contestatur* auch das denken: *qui per cognitorem litem contestatur;* wenn man nemlich jenen Relativsatz an und für sich betrachtet. Wenn aber, wie in unserer Stelle, der Cognitor selbst es ist, der in Gegensatz zu dem *qui per se litem contestatur* gestellt ist, so ist damit jeder Gedanke an jenen als möglich bezeichneten Gegensatz in diesem concreten Falle völlig ausgeschlossen. Ueberdies aber würde ja, da der cognitor *alteri* (i. e. domino) *petit,* auch der *qui per cognitorem litem contestatur,* in Wahrheit (per cognitorem) *sibi petere.* Es kann zunächst nur so viel gesagt werden, dass das Prädicat *per se litem contestatur* auf den Cognitor nicht anwendbar ist. Wenn aber der Cognitor nicht *per se litem contestatur,* so kann er Einer sein, der *per alium litem contestatur,* oder er kann Einer sein, der überhaupt nicht *litem contestatur.* Das Erste wird man nicht annehmen können, — man müsste denn den Cognitor als die Hauptperson ansehen, der sich des dominus zum Vollzuge der lit. contestatio bedient. Es bleibt also nur das Zweite übrig; die Stelle enthält also eine Bestätigung unsrer Ansicht, — wenn man nemlich aus der Antithese *qui per se litem contestatur* und *qui cognitor est factus* eine die Cognitur betreffende positive Aussage ableiten will. Begnügt man sich mit der Negative, dass von dem Cognitor die Aussage *per se litem contestatur* nicht gilt, so ist die Stelle indifferent. Ein Argument gegen unsre Ansicht würde sie liefern, wenn es hiesse *qui pro se litem contestatur;* dann würde sich schliessen lassen, dass der Cognitor *pro alio litem contestatur.*

Aber, wird man vielleicht noch einwerfen, die Redewendung *per se litem contestari* hat doch nur unter der Voraussetzung eine Berechtigung, wenn es auch vorkommen kann,

dass man per alium litem contestiert. Ganz gewiss; aber es folgt nicht, dass der alius ein Cognitor sei; dies würde nur folgen, wenn zu Ciceros Zeit der Cognitor der einzige Processvertreter gewesen wäre. Gerade deshalb, weil es zur Zeit Ciceros allgemein möglich ist, *per alium* litem zu contestieren, nemlich *per procuratorem*, hat es Sinn, den selbst Process führenden dominus im Gegensatz zu dem alten, überhaupt nicht litem contestierenden Cognitor, zu bezeichnen nicht bloss als Einen, der überhaupt *litem contestatur*, sondern als Einen, der *per se litem contestatur*.

Ich komme zu der in § 6 meiner Schrift besprochenen Stelle des auctor ad Herennium II, 13 § 20. Es ist klar, dass mit einer Bestimmung, von welcher wir weder die Herkunft, noch den Wortlaut[1]), noch den Zusammenhang kennen, mit Sicherheit nicht operiert werden kann; andrerseits ist unsre Position so stark, dass wir dieses kleine Aussenwerk unbedenklich preisgeben könnten. Unsre Auslegung wird übrigens allen denen plausibel vorkommen, welche aus praktischem Verkehr mit dem Landvolk wissen, was der Bauer von einem Recht, das nach seiner Ansicht etwas taugen soll, erwartet: peinlich genaue Festsetzung der praestanda. Wenn Lenel aber meint, die von mir gegebene Deutung erledige sich durch die einfache Erwägung, dass das, was ich in der Stelle finde, nur ausgedrückt werden konnte durch den Satz *auctor iumentum ne dato,* nicht aber durch den Satz *reus cognitorem dato*: so können erstens beide Sätze füglich neben einander gestanden haben und nur der eine vom auct. ad Herenn. citiert sein. Sodann aber: wem es geläufig ist, dass das Gebot ein Fuhrwerk zu stellen bedingt ist durch die Unmöglichkeit, sich durch einen Cognitor vertreten zu lassen — die Hypothese Lenels über den ältesten Cognitor zeigt allerdings, dass ihm dieser Gedanke nicht geläufig ist —, für den kann der Satz: Kläger braucht kein Fuhrwerk weiter zu stellen, ganz wohl so ausgedrückt werden: Beklagter soll einen Cognitor bestellen.

---

[1]) Offenbar ist es verkehrt, wenn in dem c. 13 cit. des auct. ad Herennium eine Bestimmung wie *rem ubi pagunt orato,* und blos referierte, nicht wörtlich allegierte Bestimmungen, wie *ut in ius eas quum voceris* in Ausgaben (wie z. B. der Klotz'schen) gleichmässig mit Kapitalschrift gedruckt sind.

Wie Lenel versteht auch Fierich (S. 613 Note) unsre Stelle von einer gesetzlichen Ausnahme von dem Satze alieno nomine agere non licet. Gegen ihn lässt sich, ausser dem gegen Lenel Bemerkten, noch seine eigene Hypothese anführen, wonach der Cognitor sonst im ältesten Process Beistand war, der den Prozess in Gegenwart der Partei führte. Dann würde in der Ausnahmebestimmung das Wort cognitor einen ganz andern Functionär bedeuten, als sonst, und ohne dass dieses Abweichen vom gewöhnlichen Sinn irgendwie angedeutet wäre.

Zur Unterstützung meiner Ansicht habe ich (a. a. O. § 8) auch die Formeln der Cognitorbestellung bei Gaius herbeigezogen und mich in dieser Beziehung an eine schon von Huschke ausgesprochene Hypothese über das Verhältniss dieser Formeln zu einander angeschlossen. Dabei ist von mir zu begründen versucht worden, dass nach dem Sprachgebrauch des Legisactionenprozesses der Ausdruck *petere* speciell für die Thätigkeit des Klägers in iudicio gebraucht worden sei. Es ist sehr möglich, dass diese Hypothese und die dafür beigebrachten Gründe widerlegt werden können; sie wird aber nicht widerlegt durch Lenels Bemerkung (S. 152): das von mir Beigebrachte werde Niemanden überzeugen, der sich, hundert anderer Beispiele eines gegentheiligen Sprachgebrauchs zu geschweigen, des Namens *hereditatis petitio* oder der Fassung des Publicianischen Edicts *si . . . petat, iudicium dabo* erinnere. Ein spätrer ungenauer Gebrauch von *petere* und *petitio* könnte nur dann etwas beweisen oder widerlegen, wenn dargethan werden könnte, dass er in die Zeiten der Alleinherrschaft der legis actiones, in die Zeit der Entstehung der Formel der cognitoris datio hinaufreiche. Selbstverständlich kann auch der Sprachgebrauch des Edicts in Bezug auf eine mittelst formula durchzuführende Klage nichts beweisen gegen die Annahme eines abweichenden Sprachgebrauchs im Legisactionsprocess. Die Bezeichnung *hereditatis petitio* lasse ich als Beweis gelten, wenn dargethan wird, dass derselbe in alter Zeit für eine mittelst legis act. sacr. durchzuführende Erbschaftsklage gebraucht worden ist. Einstweilen nehme ich das nicht an, und zwar aus folgenden Gründen. Wie bei der rei uindicatio, so ist im ältesten Verfahren auch bei der Erbschaftsklage ein petitor erst dann gegeben, wenn das uindicias dare

erfolgt ist (meine Cognitur S. 30); dies geschieht aber erst nach dem entscheidenden lege agere. Anders im Formularprocess: da müssen die Parteirollen vor der (in ähnlicher Weise entscheidenden) conceptio formulae bestimmt sein.

Bei Cicero habe ich in dieser Beziehung Folgendes gefunden. Es wird accus. in Verr. I, 44, 113 eine Edictsclausel referiert: *nec petitionem nec possessionem dabo.* Das kann die mittelst leg. actio anzustellende Erbschaftsklage nicht sein, denn diese hat der Magistrat nicht zu geben, der römische Bürger hat sie. Ebenso geht I, 48, 125 *ex edicto istius . . Sulpicii filia sextam partem hereditatis . . petere coepit* nicht auf die altcivile Erbschaftsklage, wie das *ex edicto* wohl zur Genüge beweist. Dagegen finden wir I, 45, 116 ex edicto urbano die Stelle: *si de hereditate ambigitur, si possessor sponsionem non faciet,* welche wohl auf civile Erbschaftsklage geht (Huschke Multa S. 485 Note 360); der zweite Satz *si possessor* usw. hätte es hier sehr nahe gelegt, zu sagen *si hereditas petitur.* — Sodann in § 115 ibid. drückt sich Cicero so aus: *si quis testamento se heredem esse arbitraretur, quod tum non exstaret, lege ageret in hereditatem; aut pro praede litis uindiciarum cum satis accepisset, sponsiouem faceret, ita de hereditate certaret.* In der folgenden auf die causa Coponiana bezüglichen Stelle hat es den Anschein, als ob *petitio* absichtlich vermieden wäre: *de hereditate . . . inter eos qui patris pupilli secundi sunt, et inter agnatos pupilli controversia est. Possessio heredum secundorum est. Intentio est agnatorum* et rel.; man erwartet nämlich: *possessio heredum secundorum est, petitio agnatorum. Intentio est . .* usw.

Gegen das von Huschke und mir angenommene Verhältniss der beiden Formelpaare der datio cognitoris wird von Lenel auch noch eingewendet: es bleibe der Fortbestand der ältern Formel neben der neuen unerklärlich, wenn man nicht annehmen wolle, der Cognitor habe auch noch zu Gaius' Zeit auf das iudicium beschränkt werden können; das werde aber von mir ausdrücklich abgelehnt (S. 152). Hier wird von Lenel zuvörderst nicht genau referiert. Ich habe (S. 30 meiner Schrift) nur die Annahme abgelehnt, dass der Cognitor noch zu Gaius' Zeit im Formularprocess auf das iudicium habe beschränkt werden können. Im Uebrigen aber ist die

Fortdauer der ältern (bezw. von mir als älter angenommenen) Bestellungsformel von mir (S. 31) dadurch erklärt, dass auch noch zu Gaius' Zeit in Centumviralsachen legis actio Statt fand (4, 31. 95), hier also Cognitorbestellung nur für das iudicium, jedenfalls nicht für das lege agere zulässig und folglich die neuere Formel (*quod ego tecum agere volo* usw.) nicht brauchbar war. Es wäre doch wohl zu erwarten gewesen, dass Lenel wenigstens angedeutet hätte, warum diese Erklärung nicht zutreffe oder nicht genüge.

Einige andere Bedenken stützen sich nicht auf die Mangelhaftigkeit der äussern Beglaubigung, sondern auf innere Gründe.

Das eine derselben bezieht sich darauf, dass ich die juristische Qualität des ältesten Cognitors als die eines directen Stellvertreters in iudicio bestimmt habe. Solche Bedenken liessen sich voraussehen, und ich habe deshalb auch von vornherein denselben zu begegnen gesucht. Insonderheit glaubte ich durch meine Bemerkungen auf S. 40 aprioristische Deductionen aus dem Grundsatz der Unzulässigkeit der Stellvertretung abzuschneiden. Gleichwohl deduciert Fierich (S. 611): „das römische Recht kannte überhaupt keine directe Stellvertretung, um so weniger sind wir somit berechtigt, anzunehmen, dass der alte Civilprocess eine solche Stellvertretung kannte. Dem römischen Recht war auch der Vollmachtsvertrag, wie wir denselben jetzt auffassen, fremd, und doch glaubt der Vf., dass ein solcher Vertrag zwischen dem dominus und dem alten Cognitor bestanden habe“ [1]. Solche Deduction muss vom Standpunkt der Methodik aus abgelehnt werden. Der Satz von der Unzulässigkeit directer Stellvertretung ist in keiner Quelle des römischen Rechts ausgesprochen; er ist lediglich auf inductivem Wege aus spezielleren Rechtssätzen, wie *alieno nomine agere non licet, per liberas personas nobis adquiri non potest* gewonnen und so gefundene Sätze können für sich allein einen abweichenden Specialsatz niemals widerlegen; sie müssen es sich vielmehr jederzeit gefallen lassen, beschränkt oder berichtigt zu werden, sobald sicher festgestellte Detailsätze dies erheischen. Ich bin weit

[1]) Beiläufig sei bemerkt, dass ich S. 43 ausdrücklich die cognitoris datio wie die Bevollmächtigung als einseitige Acte bezeichne.

entfernt zu behaupten, es sei sicher festgestellt, dass der älteste Cognitor directer Stellvertreter gewesen; ich lehne nur die Argumentation ab: das römische Recht kennt keine directe Stellvertretung, folglich kann der älteste Cognitor ein solcher nicht gewesen sein.

Mehr Gewicht kommt dem Einwande Lenels (S. 150) zu: ein Recht, dem der Cognitor als echter directer Stellvertreter im modernen Sinne bereits geläufig gewesen, habe nimmermehr auf das verwickelte System des dominium litis verfallen können, dem wir im Formularprocess begegnen. Dies würde ich ohne Weitres als durchschlagend gelten lassen, wenn der Cognitor im System der legis actiones für den ganzen Process fungiert hätte — was zwar Lenel annimmt, aber nicht ich — und zwar als directer Stellvertreter. Es ist ein zweifelloser Fortschritt, wenn der Cognitor, der früher nur in iudicio die Partei vertreten konnte, dies nun später im Formularprocess für den ganzen Process kann. Um diesen Fortschritt zu ermöglichen, unterwirft man den Cognitor der Beschränkung, welche auch damals noch der Vertretung für den ganzen Process anklebte, dass sie nämlich eine mittelbare ist[1]). Mag es andrerseits ein Rückschritt sein von directer zu indirecter Stellvertretung: er ist das Opfer, mit welchem jener Fortschritt erkauft werden muss.

Somit wird, meine ich, durch meine Hypothese die Continuität in der Entwicklung nicht verletzt. Uebrigens kann von strenger Continuität da nicht die Rede sein, wo eine Institution von einem Rechtssystem in ein anderes herübergenommen ist, wie das bei der Cognitur der Fall war. Ich kann daher auch nicht zugeben, dass, wenn der Cognitor des Formularprocesses einen Vorgänger im Legisactionsprocess gehabt, die Functionen des letztern derart gewesen sein müssen, dass jener sich aus diesem habe herausentwickeln können (Lenel S. 150). Wurde die Cognitur in den Formularprocess herübergenommen, so musste sie eben diesem adaptiert

[1]) Dies die Antwort auf Lenels Frage (S. 150/51): „fand man es zweckmässig, den . . . Cognitor nun auch in iure zuzulassen, nun wohl, wo lag die Veranlassung, dem Cognitor, der bisher in iudicio blos als Anwalt fungiert hatte, eine darüber hinausgehende Bedeutung zu gewähren, speciell die condemnatio auf seinen Namen abzustellen?"

werden, nicht der Formularprocess ihr: dabei ist weiter nichts zu entwickeln. Zusammenhang zwischen der alten und neuen Cognitur ist gleichwohl vorhanden: der alte Cognitor war bloss Processführer, und auch der neue war es; ich habe dargethan, welche den neuen Cognitor betreffenden Rechtssätze darin ihre Erklärung finden, dass man, des nicht zu vermeidenden dominium litis ungeachtet, an der Stellung des Cognitor als blossen Processvertreters festhielt. Continuität besteht ferner in der Form der Bestellung und was an Rechtssätzen mit diesem Punkte zusammenhängt.

Erwägt man, dass es ziemlich lange gedauert hat, bis es auch Procuratoren *ad rem specialem* und *ad agendum tantum* gab, und dass man in klassischer Zeit bestrebt war, die Procuratur der Cognitur anzunähern, so ist klar: die neue Cognitur war nicht nur ein Fortschritt — wenn auch ein bescheidener — gegenüber der alten Cognitur, sondern auch gegenüber der Stellvertretung, wie sie für den älteren Formularprocess in der Procuratur bestand. Es fand also auch, wenn wir das gesammte Gebiet der processualen Vertretung überschauen, ein consequentes Fortschreiten Statt von dem Zustand im Legisactionsprocess zu dem im ältern Formularprocess, von diesem zu demjenigen im Formularprocess mit Cognitur und von da bis zur Ausgleichung von Cognitur und Procuratur. Wenn dieser Gang aprioristische Postulate nicht vollständig befriedigt, so hat das an und für sich gar nichts Bedenkliches; im Gegentheil!

Ich habe mich also keineswegs überzeugen können, dass die von mir vorgetragene Hypothese über die juristische Qualität des ältesten Cognitor unhaltbar sei; wohl aber habe ich mich überzeugt, dass meiner Darstellung in dieser Beziehung ein anderer Vorwurf mit Grund hätte gemacht werden können. Kein Zweifel: fungiert der Cognitor blos in iudicio, so kann er nur entweder directer Stellvertreter oder faktischer Gehilfe (nuntius) sein (meine Cogn. u. Proc. S. 38). Dass der Cognitor auch blosser nuntius gewesen sein könnte, deutet auch Fierich nebenher an. Ich muss zugeben: von der Art und Weise, wie der älteste Cognitor in iudicio fungierte, wissen wir lediglich nichts, und es war darum unbegründet, wenn ich (S. 38) es als unzweifelhaft hinstellte, dass der Cognitor

nicht blosser nuntius war. Auf Grund der ihm vom dominus ertheilten Informationen kann der Cognitor die erforderlichen Erklärungen als Erklärungen des dominus abgegeben haben. Reichten allerdings die erforderlichen Informationen nicht aus, so musste dem dominus referiert und neue Information eingeholt, folglich der Termin verlegt werden; solches hatte, sobald mit der Vergrösserung des Staatsgebiets grössere Entfernungen der Parteien von Rom nichts Seltenes mehr waren, seine grossen Unzuträglichkeiten; allein das berechtigt noch nicht zu jener apodiktischen Ablehnung. Ist doch auch möglich, dass in Folge jenes Umstandes dem Cognitor mehr freie Hand gelassen wurde, nach eigenem Ermessen zu handeln, und dass er dessen ungeachtet seine Erklärungen immer noch als solche des dominus abgab, wie es ja auch heute vorkommt, dass ein Anwalt etwa erklärt: mein Client nimmt den Eid an. Mehr aber als diese Möglichkeit möchte ich nicht zugeben; das was ich für die Möglichkeit directer Stellvertretung bzw. gegen deren behauptete Unmöglichkeit angeführt, behält auf diesem Standpunkte des non liquet den Werth, dass wir uns nun nicht schon wegen jener angeblichen Unmöglichkeit für die andere Alternative entscheiden, vielmehr hinsichtlich der juristischen Qualification der Thätigkeit des Cognitor einstweilen bei dem non liquet bleiben.

Um so entschiedener halte ich daran fest, dass der älteste Cognitor nur in iudicio fungierte. Gerade in dieser Richtung aber, und ganz abgesehen von der Frage, wie diese Function beschaffen war, hat Hölder einen sehr beachtenswerthen Einwand erhoben. Er sagt (S. 19): es bleibe nach meiner Hypothese unerklärt, ja unerklärlich, warum der lediglich für das iudicium bestellte Cognitor dem späteren gänzlich weiche. Es hätte dies allerdings erklärt werden sollen. Ich habe es ferner als möglich hingestellt, dass der Cognitor zunächst auch im Formularprocess nur in iudicio fungiert habe[1]).

---

[1]) Wenn Hölder S. 21 sagt, es werde „dieser Hypothese gegenüber vollends unbegreiflich, wie die Bestellung eines Cognitor sogar innerhalb desselben Processsystemes aus einer ausschliesslich in iudicio möglichen sich unmittelbar verwandelt haben sollte in eine dem Verfahren in iudicio gänzlich entrückte in flagrantem Widerspruch mit dem ganzen Charakter der römischen Rechtsbildung“ u. s. w.:

Diese Hypothese wäre aber nur haltbar, wenn sich zeigen liesse, dass der Formularprocess in dem Punkte, der sich aus der nachfolgenden Erörterung als in dieser Beziehung massgebend herausstellen wird, später eine wesentliche Aenderung erfahren habe, und da ich dieses nicht darthun kann, so ziehe ich jene Hypothese zurück. In Bezug auf den ersten Punkt will ich aber jetzt eine Erklärung zu geben versuchen.

Es ist richtig, wenn Hölder bemerkt: die Bedürfnisse, welchen die alte Cognitur gedient, mussten später auf einem Umwege befriedigt werden; das sei nur verständlich, wenn die Bestellung eines Stellvertreters im heutigen Sinne unmöglich war. Nur möchte ich das letztre vorsichtiger so fassen: „wenn im Formularprocesse nicht möglich war, was im Legisactionsprocess möglich war“: dass nemlich Jemand für die Partei in iudicio fungiert (als was, ist hier gleichgiltig), der nicht auch in iure aufgetreten war.

Hölder meint nun, es sei kaum denkbar, dass diese Unmöglichkeit, nachdem sie für den alten Process nicht bestanden, im Formularverfahren aufgekommen wäre. Unseres Erachtens wäre das ganz wohl denkbar; z. B. dann, wenn sich zeigen liesse, dass die Verbindung zwischen ius und iudicium im System des Formularprocesses eine viel straffere war, als im altcivilen Processsystem. Darauf weisen in der That manche Erscheinungen hin, und geben der Anschauung Raum, dass in dieser Beziehung der Formularprocess eine Mittelstellung zwischen dem altcivilen System und dem der extraordinaria cognitio einnehme. Ich will mich indessen hiebei nicht aufhalten, da ich glaube, dass die geforderte Erklärung von einer andern Seite aus gegeben werden kann: es ist die Beschaffenheit des judiciellen Urtheils, welche das, was im Legisactionsprocesse möglich war, im Formularprocesse, soweit wir ihn kennen, unmöglich machte.

Würde die Function des Cognitors im Formularprocess auf das iudicium beschränkt, so müsste das Urtheil auf den dominus, also auf einen Abwesenden, gerichtet werden. Dies

---

so muss danach Jeder annehmen, ich habe behauptet, dass der Cognitor, wenn er nur in iudicio fungierte, auch nur in iudicio bestellt werden konnte. Davon habe ich aber kein Wort gesagt; man vergleiche für das Gegentheil meine Cognitur S. 13 Al. 2.

würde aber Nichtigkeit des Urtheils zur Folge haben: Paul. sent. V, 5a, § 6; l. 60 de re iud. (42, 1). Nun ist die sententia iudicis im Formularprocess eine condemnatio auf Geld; im Legisactionsprocess, wenigstens im ordentlichen Verfahren, bezüglich dessen allein wir etwas vom Urtheil wissen, ist die Sentenz überhaupt keine condemnatio. Im Sacramentsprocesse ergieng, wie auf Grund hinreichender Zeugnisse (zusammengestellt zuletzt bei Bekker Act. I S. 77 Anm.) von den bewährtesten Auctoritäten angenommen wird, das Urtheil über das sacramentum: *sacramentum illius iustum esse.* Die Stelle Gai. 4, 48 beweist zwar, dass *olim condemnatio in rem ipsam* Statt fand, aber es ist nicht zu beweisen, dass das *olim* auf die Legisactionen und nicht vielmehr auf eine ältere Gestalt des Formularprocesses geht (vgl. Bekker a. a. O. S. 78) und noch weniger, dass es gerade auf die leg. a. sacramenti geht. Wie vielmehr Gaius im Anfang des cit. § 48 sagt *omnium autem formularum, quae condemnationem habent* usw., so wird, gesetzt auch, das *olim* gehe auf den Legisactionsprocess, zu dem *sicut olim fieri solebat* hinzu zu denken sein: „da, wo überhaupt condemnatio vorkam". Dass nun die bezeichnete Sentenz lediglich Rechtsdeclarierung (*pronuntiatio,* welche ja auch zuweilen *sententia* heisst) war, kann wohl nicht bezweifelt werden; und zwar war sie das auch dann, wenn ein persönlicher Anspruch Gegenstand des Processes war — wogegen die condemnatio auch dann nicht lediglich rechtsdeclaratorisch ist, wenn der eingeklagte Anspruch eine Geldschuld ist [1]).

Hienach bleibt, um die verlangte Erklärung zu geben, nur noch der Nachweis zu führen, dass, während wie bemerkt condemnatio eines Abwesenden (abgesehen von eremodicium) Nichtigkeit des Urtheils zur Folge hat, die pronuntiatio über das Recht eines Abwesenden giltig ist. Dieser Nachweis kann

---

[1]) Vgl. Degenkolb, Einlassungszwang und Urtheilsnorm S. 157 und das. Note 2. Ob man übrigens die Bedeutung der Condemnation positiv so bestimmt wie Degenkolb, ist hier irrelevant; es kommt nur darauf an, dass die Sentenz im ordentlichen Verfahren des altcivilen Processes im Wesentlichen pronuntiatio war, und die condemnatio des Formularprocesses, die wir kennen (die cond. pecuniaria) stets mehr ist als pronuntiatio.

stricte erbracht werden. Wenn ein procurator die rei uindicatio anstellt, intendiert er rem domini esse (Gai. 4, 86); die pronuntiatio kann also auch nur auf den abwesenden dominus lauten. Kann aber im Formularprocess unbeanstandet pronuntiiert werden, die Streitsache gehöre dem abwesenden dominus, so sehe ich nicht, wie die Möglichkeit bestritten werden könne, dass im Sacramentsprocesse das Urtheil lauten konnte, das sacramentum des abwesenden dominus sei iustum.

Freiburg, Juli 1883.

Nachschrift. An Lenel hat sich ferner angeschlossen Scialoja in seiner Recension meiner Cognitur, in der Zeitschrift la Cultura, 1883, S. 84.

VI.

Zur Lehre vom furtum.

Von

Herrn Geheimrath Professor Dr. **Schirmer**
in Königsberg.

Die Definition dieses Delictes hat unter den Händen der Römischen Juristen bekanntlich verschiedene Wandelungen erlitten. Während dieselbe von Sabinus in seinen libri iuris ciuilis nach des Gellius Angabe (Noct. Att. XI. 18 § 20. 21) dahin formuliert wird „qui alienam rem attrectauit, cum id se inuito domino facere iudicare deberet, furti tenetur“ und mit specieller Beziehung auf den Funddiebstahl „qui alienum iacens lucri faciendi causa sustulit, furti obstringitur, siue scit, cuius sit, siue nescit“ (cf. L. 43 § 4 D. de furt. 47. 2. Vlp. Lib. 41 ad Sabin.), lautet die Legaldefinition der Justinianischen Pandekten L. 1 § 3 D. eod. aus dem 39. Buche des Paulus zum Edict „furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi

gratia uel ipsius rei uel etiam usus eius possessionisue". Diese Begriffsbestimmung ist anscheinend ziemlich jung. Nicht nur, dass es bei Gai. III § 195 in ersichtlichem Anschluss an die Worte des Sabinus heisst „furtum autem fit, — cum quis rem alienam inuito domino contrectat" (cf. ibid. § 209), dass Tryphoninus in L. 225 D. V. S. 50. 16 auf eben diese Fassung anspielt, dass Ulpian in der angeführten Stelle Sabins Aeusserung über den Funddiebstahl einfach wiederholt, sogar bei Paulus selbst treffen wir (R.S. II. 31 § 1) im Wesentlichen die Sabinianische Formel an „fur est, qui dolo malo rem alienam contrectat". Das Auffällige dieses letzteren Umstandes, dieses anscheinende Schwanken des Paulus zwischen abweichenden Anschauungen darf man sich nun auch nicht, wie manche (z. B. Birnbaum Arch. d. Krim. R. Jahrgang 1843 p. 9) diess gethan haben, daraus erklären wollen, dass nur L. 1 § 3 D. cit. eine wirkliche Definition enthalte, in den recept. sent. dagegen bloss ein besonderer Fall unter den Begriff des furtum subsumiert werde, m. a. W. fur hier nicht als Subject, sondern als Prädicat anzusehen sei. Die Unzulässigkeit dieser Aushülfe ergiebt sich sofort aus § 21 eben dieses Titels, wo aus der in § 1 gegebenen Begrenzung des furtum gefolgert wird „rei enim nostrae furtum facere non possumus". Sehr begreiflich aber wird diess ganze Verhältniss, wenn das Eine die althergebrachte, in aller Munde wiederkehrende Fassung, das Andere eine neuere, noch nicht völlig eingebürgerte, obschon an sich richtigere Darlegung des fraglichen Begriffs bildet. —

Auf der Hand liegt nun zunächst die eine hervorstechende Differenz zwischen der neueren Paulinischen Definition einerseits und den verschiedenen, an die ältere Sabinianische anklingenden übrigen andererseits, dass letztere insgesammt der res aliena als Object des furtum erwähnen, wogegen jene diess Kriterium streicht, also bei der Gestaltung des Begriffs auch die Möglichkeit eines furtum rei suae berücksichtigt. Nicht als ob die frühere Jurisprudenz das f. rei suae nicht gekannt hätte; allein es wird dort als ein unter die herkömmliche Formel nicht passender Ausnahmefall behandelt. So bei Gaius (III § 200); so sagt auch Paulus in L. 67 D. h. t. „quamuis dominus sit, furtum facit" und in L. 20 § 1 D. eod. „tenebor tibi furti actione, etsi dominus rei sum". Die Neuerung

bezweckt also keineswegs eine Erweiterung des Begriffs, wird doch schon von Cassius des furtum rei propriae gedacht (L. 4 § 21 D. de usuc. 41. 3), sondern sie versucht den unvollkommenen früheren Ausdruck dieses Begriffes durch einen angemesseneren zu ersetzen. Natürlich, dass nun auch das inuito domino contrectare nicht mehr passt; das unbestimmtere fraudulosa contrectatio tritt an dessen Stelle, was übrigens auch an sich sachlich richtiger ist, — man denke z. B. an die mögliche Selbsttäuschung des contrectans über das Gestatten des dominus; selbst das „iudicare deberet" des Sabinus ist hier nicht genau genug, da sogar die verschuldete Selbsttäuschung das Vorhandensein eines furtum ausschliesst (L. 77 pr. D. de furt.), — weshalb Paulus ebenfalls da, wo er die ältere Definition wiederholt (R. S. II. 31 § 1), das invito domino beseitigt und statt dessen dolo malo einfügt. Endlich muss zu näherer Characterisierung des Delicts die Richtung angegeben werden, in welcher die fraudulosa contrectatio erfolgt; diess geschieht in dem Schlusspassus „lucri faciendi gratia uel ipsius rei uel etiam usus eius possessionisue". Auch das ist nicht vollständig neu; bereits die Sabinianische Definition des Funddiebstahls hatte die Beziehung auf das lucri facere enthalten; nur die speciellere Unterscheidung des möglichen Inhalts dieses lucrum begegnet uns erst in der Paulinischen Formel. Wir haben hierbei vorausgesetzt, dass die Genitive „rei ipsius, usus eius possessionisue" von lucri und nicht von contrectatio abhängig seien. Trotz des Widerspruchs v. Wächters (Weiske's Rlex. Bd. III. p. 358 Anm. 26) ist diess die einzig mögliche Construction. Habe ich selbst mich früher in dieser Hinsicht mehr zweifelnd, eher der Wächterschen Auffassung zuneigend ausgesprochen (Unterholzner Verjährungsl. Bd. I. p. 194 Not. **) Anm. 192. 205) namentlich im Hinblick auf § 1 J. de obl. q. ex del. IV. 1., so ist doch auf diese Stelle deshalb kein Gewicht zu legen, weil sie, bloss aus der L. 1 § 3. D. de furt. herübergenommen, eine selbständige Bedeutung nicht beanspruchen darf, zudem auch kritisch nicht ganz sicher ist. Ferner hat contrectare, wenn es auch sachlich jedes äusserliche pro domino gerere einschliesst, sich sprachlich doch nicht soweit von seiner Grundbedeutung „betasten, befühlen" entfernt, dass es in der exacten

Ausdrucksweise der römischen Jurisprudenz etwas Anderes wie eine Sache als Object neben sich duldete; und endlich, worin das Hauptargument gegen die Wächtersche Deutung liegt, ist eine solche Selbstcorrectur, wie sie in den Worten „contrectatio rei, uel ipsius rei, uel etiam usus eius possessionisue" enthalten sein würde, im Munde dessen, der eben eine correcte Definition aufstellen will, geradezu unerträglich.

Zieht man nun in Betracht, dass die wesentliche Abweichung der neueren von der älteren Formulierung in dem Hineinziehen des furtum an der eignen Sache besteht, so liegt der Gedanke nahe, so wie „uel ipsius rei" auf den Diebstahl an fremder Sache gehe, so sei das „usus eius possessionisue" auf das furtum rei propriae zu deuten. Wir hätten es also hier mit einer Zweitheilung, nicht, wie man gewöhnlich annimmt, mit einer Dreitheilung zu thun; und in der That weist darauf schon die logische Structur der Stelle, der Gegensatz „uel — uel etiam" unzweideutig hin. Es erscheint demnach im Grunde ziemlich unmotiviert, wenn man usus und possessio derart von einander trennt, dass man diese beiden Begriffe abermals in Opposition bringt, und so die Unterscheidung eines f. usus und eines f. possessionis aus den Worten des Paulus herausliest. — Man würde auch wohl kaum dazu gekommen sein, über die grammatisch-logische Anordnung der Stelle so völlig hinwegzusehen, und die Definition des Paulus ausschliesslich in dieser dreigliedrigen Weise auszudeuten, wenn nicht einerseits die Paraphrase des Theophilus, andererseits die Erinnerung an solche Fälle wie die von Brutus (Gell. N. A. VI. 15) und Valerius Maximus (Lib. VIII c. 2 § 4) erwähnten (vgl. noch Gai. III § 196. L. 40. L. 55 pr. L. 83 pr. D. de furt. L. 5 § 8 D. commod. 13. 6) und namentlich die mit Bezug auf dieselben von Q. Mucius Scävola (Gell. l. l.) und Gaius in L. 55 § 1 D. de furt. („si quis usum alienae rei in suum lucrum conuertat") gebrauchten Ausdrücke eine gewisse Veranlassung dazu geboten hätten. Und in Wahrheit wird man zugeben müssen, dass es diesen Aeusserungen gegenüber nicht gut möglich sei, das lucri faciendi gratia usus eius possessionisue ausschliesslich auf den Diebstahl an der eigenen Sache zu beziehen. Damit ist es aber noch in keiner Weise geboten, usus und possessio einander gegenüber zu stellen und als sich

gegenseitig ausschliessende Begriffe anzusehen. Denn unzweifelhaft macht sich der Commodatar u. s. w., der die ihm geliehene Sache zu anderem Zwecke verwendet, als ihm vom Commodanten gestattet war, damit zugleich auch einer Besitzentziehung gegen denselben schuldig, und der Eigenthümer, der dem Pfandgläubiger sein Pfandobject entwendet, thut diess doch nicht allein mit dem Erfolge, dass ihm nunmehr der aus der Hand gegebene Besitz wieder zufällt, sondern ebensosehr wird ihm jetzt auch die eigne Benutzung der Sache wieder möglich. Mit einem Worte, man sieht, dass ein strenges Auseinanderhalten von usus und possessio bezüglich des davon gemachten lucrum überhaupt nicht wohl thunlich ist.

Es ist nun weiter die Frage, wie sich zu diesem Ergebnisse der uns in L. 1 § 15 D. si is qui test. 47. 4 überlieferte Satz des Scävola „furtum possessionis fieri" verhalte. Von vorn herein ist hier die Meinung zurückzuweisen, als ob darin eine ältere, in der späteren Römischen Jurisprudenz aufgegebene Anschauung über das Wesen des furtum niedergelegt sei, wie diess z. B. v. Wächter (a. a. O. p. 360 Anm. 35) annimmt. Das wäre etwa möglich, wenn unter Scävola der Pontifex Q. Mucius zu verstehen wäre; allein nach dem constanten Usus Ulpians wie der übrigen classischen Römischen Juristen wird der letztere immer mit seinem Gentilnamen, nie mit dem blossen Zunamen Scävola citiert. Wir haben es hier also zweifellos mit Q. Cervidius Scävola zu thun, der als Lehrer Papinians und des Septimius Severus selbst vielmehr zu den jüngeren classischen Juristen zu zählen ist, so dass man gewiss nicht eine von ihm aufgestellte Ansicht so ohne Weiteres für eine ältere nachmals beseitigte Theorie auszugeben das Recht hat. Dazu kommt, dass Ulpian a. a. O. die gedachte Aeusserung beistimmend anführt, sich darauf als eine Autorität beruft, und seinerseits zur Grundlage weiterer Argumentationen macht, — denn von den Worten „sed nec heredis est possessio" an haben wir wohl Ulpian als den Sprechenden anzusehen — so dass daraus vielmehr auf deren fortdauernde Anerkennung durch die späteren Römischen Juristen zu schliessen sein würde, und auch der Ausweg verschlossen erscheint, als hätte Scävola damit einer sachlich unhaltbaren, von sonst Niemandem getheilten Doctrin Aus-

druck gegeben. — Wenn man dergestalt den Satz des Scävola aus dem Wege räumen zu müssen glaubte, so lag der Grund dafür lediglich in der Erwägung, dass ein Diebstahl nach der Römischen Lehre auch an solchen Sachen möglich ist, die sich in Niemandes Besitz befinden, und in der anscheinenden Unverträglichkeit dieses zweifellos feststehenden Axioms mit der von Scävola gegebenen Formel. Allein einzelne der Stellen, die zum Beweise für letzteres dienen, rühren eben von Ulpian her (L. 43 § 11 D. de furt.), ja sogar von Scävola selbst wird die Begehung eines furtum für einen Fall anerkannt, in welchem zwar eine Detention, aber wenigstens kein juristischer Besitz an dem gestohlenen Gegenstande besteht (L. 70 D. de furt.); beide würden also mit ihren eigenen Worten in Widerspruch gerathen. Ja man muss es geradezu für unmöglich erklären, dass ein Römischer Jurist den Besitz des Bestohlenen für ein Requisit des Diebstahls gehalten habe, wenn man sich erinnert, dass schon die wissentliche Veräusserung einer fremden Sache als furtum galt. Wie aber soll nun alledem gegenüber der Wortlaut der L. 1 § 15 D. Si is qui test. verstanden werden? Die richtige Antwort auf diese Frage hat im Grunde schon längst Huschke (Ztschr. f. gesch. RW. Bd. XIV. p. 189) gegeben. Das furtum sei überall, diess wolle Scävola sagen, Verletzung eines „persönlich-factischen Interresses". Freilich bedarf auch diese Umschreibung einer etwas concreteren, practisch-fasslichen Begrenzung, als sie mit obigen Worten gegeben ist, und vielleicht sogar in noch höherem Masse als die von Scävola gebrauchte Formel. Betrachten wir zu dem Ende die einzelnen Fälle, in denen ein furtum an einer Sache möglich ist, welche sich weder in Jemandes Besitz, noch in Jemandes Detention befindet, so giebt es deren zwei, die verlorene Sache und den Seewurf (L. 43 § 4. 11. D. de furt. L. 9 § 8 L. 44 D. A. R. D. 41. 1); und dazu kommen dann zwei weitere, in denen der Dieb selbst den Besitz, der Bestohlene nicht einmal Detention an dem betreffenden Objecte hat, die Veräusserung einer wissentlich fremden Sache durch deren Besitzer und die Veräusserung der von dem Besitzer verhypothecierten Sache durch diesen (L. 19 § 6. L. 67 pr. D. de furt.). Gemeinsam ist diesen vier Fällen, dass der Bestohlene kraft eines an der Sache selbst ihm zustehenden Rechtes zu deren unmittelbarer Besitznahme,

oder zur Abforderung des Besitzes mittelst einer (dinglichen) Klage befugt erscheint, und dass durch das furtum in diese Befugniss zur Besitzerlangung thatsächlich störend eingegriffen wird. Das also wäre es, was mit dem Satze „furtum possessionis fieri“ gesagt sein soll, und auch dessen Fassung wäre hiernach gar nicht so abwegig und ungenau, als selbst Huschke zuzugestehen geneigt ist. Ein Bedenken bleibt allerdings auch so immer noch übrig. Wenn das Recht zur Besitznahme Seitens eines Dritten die Aneignung der Sache zum Diebstahl macht, so müsste doch auch die von dem Erben noch nicht apprehendierte Erbschaftssache Object eines furtum sein können, und gerade diess wird unter Berufung auf unsere Regel in Abrede gestellt. Indessen es kommt dabei doch in Betracht, dass von einer subjectiven Herrschaft (possessio) des Erben über die einzelne Sache noch gar nicht gesprochen werden kann; es liegt nur die von dem objectiven Recht dargebotene Möglichkeit vor, zu einer solchen zu gelangen: diese Möglichkeit aber kann der Erbe unbenutzt lassen, und die Sache, wie sie seit dem Tode des Erblassers relicta ist, so dauernd derelicta bleiben. So wenig nun die Römer ein furtum darin erkennen, dass die Erbschaftssache ihrer objectiv-rechtlichen Bestimmung für einen Erben überhaupt entzogen wird, gerade so wenig ist dasselbe darin zu finden, dass sie aus eben dieser objectiv-rechtlichen Bestimmung für einen concreten Erben herausgehoben wurde. Es ist genau der gleiche Gedanke nur in etwas anderem Gewande, wenn die (späteren) Byzantiner bei dieser Gelegenheit von einem „*ἁμαρτάνειν κλοπὴν πρὸς πρόςωπον*“ reden (Basil. 60. 12. c. 70. Schol. 2. 3. Hagiotheod. ed. Heimbach Tom. V. p. 522) und diess als Voraussetzung für den Diebstahl hinstellen. Insoweit also erscheint der Satz des Scävola noch völlig correct; man darf nur unter possessio nicht Besitz im eigentlichen Sinne des Wortes verstehen, vielmehr bedeutet der Ausdruck hier jede subjective, an der Sache selbst begründete Herrschaft. Wo daher eine solche ausserhalb des Eigenthums besteht, ist auch der Eigenthümer im Stande, an seiner eigenen Sache ein furtum zu begehen. Natürlich aber es muss diess, wie das ja schon in dem Begriffe einer rechtlichen Herrschaft liegt, eine solche sein, welche auch Andere, und namentlich der Eigenthümer selbst, zu

respectieren verbunden sind. So tritt hier allerdings zugleich ein relatives Moment in den Kreis der Betrachtung hinein. Besondere Schwierigkeiten verursachen dabei aber die Fälle, wo die factische Inhabung auf der einen Seite mit der bei dem Eigenthümer bestehenden Vindicationsberechtigung in Collision geräth. Begeht letzterer hier in dem Ansichnehmen der Sache aus fremdem Gewahrsam um seiner Klagbefugniss willen kein furtum, oder ist trotzdem ein solches anzuerkennen? Kommt m. a. W. der Gesichtspunkt des materiellen Rechts, oder der der Gestaltung der thatsächlichen Besitzverhältnisse zu ausschlaggebender Geltung? Das in den Quellen enthaltene Material ist folgendes. Unzweifelhaft liegt ein furtum des Eigenthümers vor, sobald demjenigen, aus dessen Händen die Sache entwendet ist, auch nur ein Retentionsrecht an derselben zusteht, gleichviel ob er ein solches als bonae fidei possessor (L. 54 § 4 D. de furt. Paulus und Julianus) oder auch bloss als obligatorisch Berechtigter geltend zu machen im Stande ist (L. 15 § 2. L. 60 D. eod. Paulus, Pompon. Julian.). Dagegen wird dem fur und ebenso dem mala fide possessor die actio furti abgesprochen, ohne die geringste Andeutung, dass eine Ausnahme zu machen sei, sobald ein m. f. poss. wegen impensae necessariae der Vindication des Eigenthümers gegenüber ein Retentionsrecht üben kann. (L. 5 C. R. V. III. 32. ai. 239.) Und diese Versagung der Klage greift nicht bloss dem entwendenden Eigenthümer, sondern auch dem dritten Entwender gegenüber Platz, der seinerseits indessen der actio furti des Eigenthümers unterliegt. (L. 77 § 1 D. de furt. Pompon. Quint. Mucius. L. 12 § 1 D. eod. Vlp.) Wird hier die Zuständigkeit der Diebstahlsklage deshalb verneint, weil ein Diebstahl gegen den m. f. poss. überall nicht begangen wird, oder soll nur dessen Klagberechtigung in Abrede gestellt werden? Darin nämlich ist keine sichere Entscheidung dieser Frage gegeben, dass die L. 77 § 1 D. cit. den fur posterior der actio furti des dominus unterwirft. Wir haben diese Klage doch nicht als abgeleitete aufzufassen, sondern der zweite Dieb verübt in seiner Entwendung direct ein furtum gegen den Sacheigenthümer, indem er dessen Vindicationsrecht verletzt. Ist der letztere doch gleicher Weise klagberechtigt, wo das furtum wider einen b. f. poss. begangen wird (vgl.

z. B. L. 75 D. de furt. Jauolen.) Dafür, dass allein die Klagberechtigung des m. f. poss. ausgeschlossen sein soll, kann man sich nun aber abgesehen von dem buchstäblichen Inhalt der angeführten Belagstellen auf die logische Consequenz, den unmittelbaren Wortsinn der Regel des Scävola, endlich etwa noch auf Paul. R. S. II. 31 § 36, wo das furari weiter greift als die actio furti, wenigstens mit einigem Scheine berufen. Auf der anderen Seite erhält man freilich derart eine grosse Zahl juristisch völlig irrelevanter Diebstahlsfälle, aus denen weder irgend eine der Diebstahlsklagen, noch auch Usucapionsunfähigkeit der Sache (L. 20 § 1 D. eod.) entspringt, und wenigstens des Gaius Auffassung kann diess nicht gewesen sein (Gai. III § 200). Wohl möglich, dass man bei ihrer praktischen Bedeutungslosigkeit die ganze Frage auf sich beruhen liess, und daher Spuren divergierender Anschauungen in den Quellen sich zeigen, ohne doch auf eine bestehende Controverse erkennbar hinzudeuten. Wesentlich anders gestaltet sich das Verhältniss schon da, wo von einem Dritten dem lucratiuus possessor die Sache entzogen wird, die derselbe pro herede usucapierte (L. 72 § 1 D. eod.). Hat hier der Besitzer gleich keine actio furti, und mag man ebenso Bedenken tragen, dem Erben diese Klage einzuräumen, die entstehende Usucapionsunfähigkeit wird sich doch kaum in Abrede stellen lassen.

Wenn sonach der Satz des Scävola das furtum als ein wider die Dispositionsberechtigung über die gestohlene Sache gerichtetes Vergehen characterisiert, so berührt sich das allerdings vielfach mit der in der Paulinischen Definition zum Ausdruck gelangenden Auffassung. Beide treffen gleichmässig darin zusammen, dass es nicht das Eigenthum als solches ist, welches das eigentliche Object dieses Delictes ausmacht. Dennoch ist ein unmittelbarer Einfluss jenes Satzes auf die Fassung der gedachten Definition nicht anzunehmen. Dagegen beweist schon der Mangel einer formalen Congruenz zwischen beiden. Während Scävola die possessio durch ein jedes furtum getroffen sein lässt, und diess als wesentliches Merkmal für den Begriff desselben bezeichnet, schreibt die gedachte Definition das lucrum usus possessionisue nur einer Anzahl von besonderen Diebstahlsfällen zu. Im Hinblick hierauf bedarf es

auch wohl kaum noch der ausdrücklichen Erinnerung, dass die Formel des Scävola nicht den entferntesten Anlass bietet, ein specielles furtum possessionis zu statuieren, und als Stütze für die übliche Dreitheilung des Delictes auch hinsichtlich des letzten Gliedes derselben nicht zu dienen vermag.

Ist nun aber die Bedeutung des Gegensatzes lucrum rei ipsius und lucrum usus eius possessionisue darin erschöpft, dass in diesen Worten auf den Unterschied des von einem Nichteigenthümer und des von dem Eigenthümer selbst verübten Diebstahls, allenfalls noch zugleich auf die eigenthümliche Gestalt aufmerksam gemacht werden soll, die das furtum annimmt, wenn Jemand die ihm zum Gebrauche überwiesenen Sachen zu anderen als den gestatteten Zwecken benutzt? Will man hier eine darüber hinausgehende Beziehung finden, so könnte diese nur auf die actio furti gehen, bei welcher das von dem Diebe gezogene lucrum sich etwa mit dem Interesse des Bestohlenen, das als simplum der Klage zu Grunde gelegt wird, identificieren liesse. Diese Vermuthung erweist sich nun aber in dem Falle sofort als irrig, den man so recht eigentlich als furtum usus anzusehen gewohnt ist, wo sich ein Depositar, Commodatar oder Pfandgläubiger den Gebrauch der Sache widerrechtlich anmasst. Hier nämlich stellt der Eigenthümer die actio furti auf den Sachwerth an. Das besagt die Regel in

> L. 81 § 1 D. de furt. „Cum autem iure dominii defertur furti actio, quamuis non alias, nisi nostra intersit, competat, tamen ad aestimationem corporis, si nihil amplius intersit, utilitas mea referenda est“,

was dann noch durch den Gegensatz bekräftigt wird

> „quia itaque tunc sola utilitas aestimationem facit, cum cessante dominio furti actio nascitur“ etc. (Papin. lib. XII Quaest.)

Zweifellos wird nun doch in dem bezeichneten Falle dem Bestohlenen die actio furti iure dominii deferiert, also von ihm auf ein Mehrfaches des Sachwerthes angestellt. Das Gleiche ergiebt sich aus

> L. 16 D. de cond. furt. 13. 1. „Qui furtum admittit uel re commodata uel deposita utendo condictione quoque ex furtiua causa obstringitur, quae differt ab actione

commodati hoc, quod, etiamsi sine dolo malo et culpa eius interierit res, condictione tamen tenetur" etc. (Pompon. lib. 38 ad Q. Mucium.)

Also die Sache selbst ist Object der Condiction, nicht etwa die Leistung des Werthes des entzogenen Gebrauchs. Mit der Restitution der Sache ist der Beklagte in mora, und bleibt deshalb trotz des casuellen Untergangs derselben verhaftet. Ganz anders, wenn die Restitution des Depositums mit der Contractsklage gefordert wird; diese setzt voraus, dass der Untergang des deponierten Gegenstandes dolose vom Deponenten verschuldet ist. — Betrachten wir nunmehr die übrigen Fälle, welche man unter den Namen furtum possessionis zu subsumieren pflegt, so ist von einem derselben, dem Diebstahl des Pfandobjects durch den Eigenthümer, in den Quellen angegeben, worauf die actio furti zu richten sei.

L. 88 D. de furt. „Creditori actio furti in summam pignoris, non debiti competit. Sed ubi debitor ipse subtraxisset pignus, contra probatur, ut in summam pecuniae debitae et usurarum eius furti conueniretur". (Paul. lib. 1 Decretor.)

Auch hier ist die Klage nicht auf das lucrum usus possessionisue gerichtet. Der Pfandschuldner gewinnt ja durch die Entwendung keineswegs Befreiung von der wider ihn begründeten Forderung. Vielmehr bildet das juristische Interesse (im Gegensatz zum thatsächlichen vgl. L. 12 § 2 L. 14 § 5 D. eod.), welches der Gläubiger am Pfande hat, das einfache Object der actio furti. Bei unzureichender Pfandsicherung kann diess sogar den Sachwerth des Faustpfands übersteigen. — Aber, dürfen wir weiter fragen, ist es denn wirklich bloss der Besitz und die unmittelbar mit ihm verbundene Nutzung der Sache, welche der Eigenthümer mit dem Diebstahl gewinnen will? Kommt es ihm nicht im Gegentheil darauf an, sich die thatsächlich unumschränkte Herrschaft über sein Eigenthum zu verschaffen? Und da das Pfandrecht den Sachwerth selbst angreift, eventuell die Proprietät des Schuldners aufhebt, muss man nicht das furtum geradezu als furtum rei betrachten? Hat es ferner nicht eine ganz ähnliche Bewandtniss mit dem vom Eigenthümer gegen den bona fide possessor begangenen Diebstahl? Eigenthum und bonae fidei

possessio stehen in einem gegensätzlichen Verhältnisse zu einander. Der gutgläubige Besitzer übt factisch die volle Herrschaft des Eigenthümers aus, und wenn der Letztere die ihm gehörige Sache jenem entwendet, so eignet er sich damit genau die Herrschaft an, die jener hatte, und die sich keinesweges auf die nackte possessio beschränkte, sondern die Sache in ihrer Totalität umfasste. Also wiederum furtum rei ipsius. Die gewöhnliche Auffassung, welche hier an ein furtum possessionis denkt, begeht einen logischen Fehler, indem sie einerseits in der Verletzung des bloss provisorischen Rechts des b. f. poss. durch den Eigenthümer ein furtum anerkennt, und dann dasselbe doch wieder in soweit negieren will, als jenes dem Entwender gegenüber bloss provisorisch ist. Das würde in der That zu der Consequenz führen, hier überhaupt kein furtum zu statuieren, wie es anfänglich bei den Römern vielleicht geschah; denn irgend wie sichere Nachrichten fehlen uns darüber; wir können höchstens aus der Definition der älteren Juristen schliessen, indem wir zugleich die Voraussetzung machen, dass Definition und Begriff sich ursprünglich völlig deckten. Der Besitz ist denn doch auch nur ein provisorisches Recht, während der definitive Anspruch darauf dem Entwender kraft seines Eigenthums zusteht. — Aus diesen Erörterungen dürfte sich nun ein Doppeltes ergeben haben. Einmal, dass es ein vergebliches Bemühen ist, die Worte der Paulinischen Definition lucri faciendi gratia uel ipsius rei uel etiam usus eius possessionisue auf den verschiedenen Umfang der actio furti zu deuten; dann dass der hierin in Bezug genommene Gegensatz keineswegs zusammenfällt mit dem des furtum rei alienae und rei suae. Es bleibt somit nichts übrig, als darin den Satz ausgesprochen zu finden, dass es an dem Thatbestande des furtum nichts Wesentliches ändert, wenn auch die Absicht des Entwenders nicht darauf gerichtet war, sich die betreffende Sache der Substanz nach anzueignen, sobald er sich nur Besitz und Gebrauchsmöglichkeit an derselben verschaffen wollte. Demnach ist die ganze Eintheilung in furtum rei, usus und possessionis absolut zu verwerfen, da sie auf einer juristisch irrelevanten Unterscheidung beruht, die zudem nicht einmal practisch recht durchführbar erscheint. Weiter ist es durchaus gerechtfertigt, wenn Theophilus die

Fälle eines auf den usus und die possessio abzielenden Gewinns auf dem Gebiete des Diebstahls an fremder Sache sucht; nur darin geht er zu weit, dass er lucrum usus und possessionis scharf zu sondern unternimmt, wie denn auch das von ihm für letzteres gegebene Beispiel entschieden nicht glücklich gewählt ist. Von einer Dreitheilung des furtum dagegen weiss er noch gar nichts. Diese treffen wir erst, veranlasst durch den überlieferten Institutionentext, in dem Brachylogus (Lib. III. Tit. 20 § 1) an.

VII.

Ueber furtum conceptum prohibitum und non exhibitum.

Von

Herrn Professor **Paul Krüger**
in Königsberg.

Die Angaben von Gaius 3, 191—194 über die Haussuchung beim furtum haben unsere Kenntniss über diesen Gegenstand erweitert, aber zugleich eine Reihe von Zweifeln und Bedenken wachgerufen, welche noch jetzt zu keiner Lösung geführt worden sind.

Gaius unterscheidet in Bezug auf die 12 Tafeln zwei Haussuchungen, eine feierliche per lancem et licium, wie sie auch für das attische Recht bezeugt ist[1]) und die unfeierliche vor Zeugen. Wird bei letzterer die Sache gefunden, so ist die Strafe der dreifache Werth der Sache, bei erstern gilt die Strafe des furtum manifestum. Nur ersteren Fall nennt er

---

[1]) Plato de legg. 12 p. 954 Aristophanes Nubes 497 ff. und die Scholia zu 499. Plato berichtet noch, dass, wer den Suchenden nicht zulies, dem Gegner zum doppelten Werth der Sache verurtheilt wurde; erzwungen wurde die Haussuchung nur in Abwesenheit des Eigenthümers unter Zuziehung der ἀστυνόμοι.

furtum conceptum[1]), der letztere gilt ihm wohl nur als Unterart des furtum manifestum (vgl. 3, 194). Unklar bleibt bei dieser Darstellung, zu welchem Zweck zwei Arten der Haussuchung aufgestellt; Gaius bekennt sich selbst ausser Stande zu erklären, wodurch derjenige, der die Haussuchung vor Zeugen nicht zulies, bewogen werden konnte, sich der Haussuchung per lancem et licium zu unterwerfen, umsomehr als die Auffindung hierbei ihm eine höhere Strafe eintrug, als bei der anderen (3, 193). Er hätte noch hervorheben müssen, wie es nach dem Zwölftafelrecht, so wie er es darstellt, unbegreiflich bleibt, dass jemand überhaupt eine Haussuchung zugelassen hätte, wenn auf Verweigerung derselben keine Strafe stand[2]).

Die 12 Tafeln hätten also nach Gaius eine Lücke gelassen, durch welche die Möglichkeit der Haussuchung und die Bestimmungen über das furtum per lancem et licium conceptum lahm gelegt werden konnten. Diese Lücke wäre nach Gaius erst durch das prätorische Edict, durch Einführung der actio furti prohibiti ausgefüllt worden. Dass dies eine Unmöglichkeit ist, liegt auf der Hand; es ist deshalb schon vielfach eine von Gaius abweichende Rekonstruktion des Zwölftafelrechts versucht worden.

So hielt Haubold[3]) fest an der vor Gaius' Auffindung aufgestellten und auf Gellius 11, 18, 9—12 beruhenden Ansicht, dass die 12 Tafeln auf das furtum conceptum die Strafe des furtum manifestum setzten und dass die tripli poena erst durch das Edict eingeführt worden.

Auch nach Puchta[4]) kannten die 12 Tafeln nur die Haussuchung per lancem et licium; unterschieden wurde, ob die Sache beim Diebe oder bei einem Dritten gefunden sei; im ersteren Fall lag furtum manifestum, im zweiten furtum conceptum vor. Erst später sei an Stelle dieser Haussuchung

---

[1]) Vgl. dagegen Gellius 11, 18, 9 furta quae per lancem liciumque concepta essent. Kuntze Exkurse 2. Aufl. S. 147 glaubt freilich an eine Ungenauigkeit von Gellius. — [2]) Kuntze a. a. O. hält es für begreiflich, dass sich der des Diebstahls oder der Hehlerei Angeschuldigte der Haussuchung cum lance et licio nach altem Herkommen nicht entziehen durfte. — [3]) Zu Heineccius Antiquitates 4, 1 § 22. — [4]) Institutionen § 227, vgl. Schweppe Römische Rechtsgeschichte § 328.

die vor Zeugen getreten. Ueber die Folgen der Nichtzulassung lassen sich Haubold und Puchta nicht aus.

Vangerow [1]) hält das Nebeneinanderbestehen der beiden Haussuchungen aufrecht, und weicht von Gaius nur darin ab, dass er meint, Hinderung der Haussuchung per lancem et licium hätte actio furti manifesti begründet. Dem steht am nächsten die Ansicht Iherings [2]); dieser denkt an gewaltsame Erzwingung der Haussuchung per lancem et licium, die, wenn ich Ihering's Text und Anmerkung richtig kombinire, durch die Praxis in eine Geldstrafe umgewandelt worden sei, so dass hierin das Vorbild für die actio furti prohibiti des prätorischen Edicts gegeben war. Die andere Art der Haussuchung sei ein Vorschlag zur Güte gewesen, den der Angesprochene zurückweisen konnte, ohne sich der actio furti prohibiti auszusetzen, während er letzterer verfiel, wenn er sich der feierlichen Haussuchung widersetzte [3]).

Bei Ihering's Auffassung hört die Haussuchung mit Zeugen auf eine feste Form zu sein, wie sie Gaius voraussetzt; bei einem Vorschlag zur Güte kann es auf Zuziehung der Zeugen zur Haussuchung selbst [4]) nicht mehr ankommen. Vangerow sieht in der feierlichen Haussuchung einen Schutz des Angesprochenen, ein Mittel den Bestohlenen von einer unberechtigten Haussuchung abzuhalten. Er meint, dieselbe sei für den Suchenden unbequem, unangenehm, gehässig gewesen. Das ist ein unklarer Gedanke. Von Gehässigkeit kann dem gegenüber, den der Bestohlene wegen der Verweigerung einer Haussuchung vor Zeugen für einen wissentlichen Hehler halten wird, nicht die Rede sein. Und was die Unannehmlichkeiten betrifft, sollte sich wirklich ein Römer unter solchen Umständen von der Haussuchung dadurch haben abschrecken lassen, dass er nackt erscheinen musste, sei es aus Schamgefühl oder aus Angst vor einem Schnupfen?

---

[1]) De furto concepto et lege XII tabularum Heidelbergae 1845, vgl. Keller Institutionen S. 139 f. — [2]) Geist des römischen Rechts II [4] S. 159 f. — [3]) Beiden Ansichten verwandt ist die Auffassung von Handjery de furtis pro diversitate probationum varie punitis. Lipsiae 1857. — [4]) Die Zeugen sind nach Gaius, der hier vom Recht seiner Zeit berichtet, nicht etwa zur Feststellung der eventuellen Weigerung zugezogen.



Hier bleibt kein anderer Ausweg als der bereits eingeschlagene die Haussuchung per lancem et licium den 12 Tafeln, die Haussuchung mit Zeugen dem prätorischen Edicte zuzuweisen; dass dieses erst die Strafe des triplum für furtum conceptum eingeführt hat, ist nach dem aus Sabinus de furtis geschöpften Bericht des Gellius nicht zu bezweifeln[1]), also Irrthum oder Unkenntniss von Gaius nach dieser Seite hin bewiesen[2]). Unabweislich ist dagegen die Vermuthung Vangerow's, dass auf Zurückweisung der Haussuchung cum lance et licio die Strafe des furtum manifestum gestanden habe.

Die 12 Tafeln haben somit für das furtum nur zwei Strafen aufgestellt, das duplum für furtum nec manifestum, für alle sonstigen Fälle die Kapitalstrafe; auch für das furtum oblatum hat erst der Prätor das triplum eingeführt. Die nach Gaius' Bericht (3, 194) von einigen aufgestellte Unterscheidung zwischen furtum manifestum lege oder natura beschränkte sich also nicht auf das furtum conceptum und den auf offener That ertappten Dieb; die Unterscheidung zwischen furtum manifestum im letzteren Sinn, conceptum, oblatum, prohibitum und non exhibitum gehörte erst der Theorie an und bekam durch die vom Edict in den Strafsätzen eingeführte Verschiedenheit eine weitere Grundlage.

Zur Haussuchung in der einen oder der anderen Form kam es natürlich nicht gleich, wenn jemand sein gestohlenes Gut im Hause eines anderen wusste; denn liess ihn dieser zu mit der Erklärung von der Sache nichts zu wissen oder lies er selbst auf die Angabe des Bestohlenen hin nachsuchen und die Sache wurde gefunden, so konnte von Strafe um deswillen keine Rede sein, da damit nicht erwiesen war, dass der

---

[1]) Es ist zwecklos einzugehen auf den Versuch, Gellius mit Gaius so in Einklang zu bringen, dass man bei ersterem die Worte (§ 10) Sed nunc a lege illa decemvirali discessum est nur auf die actio in quadruplum wegen furtum manifestum bezog, die zunächst in § 10. 11 besprochen wird, während § 12 Furti concepti, item oblati tripli poena est wieder altes nicht abgeändertes Recht enthalten soll. Das ist unmöglich gegenüber dem voraufgeschickten § 9 Ea quoque furta, quae per lancem liciumque concepta essent, proinde ac si manifesta forent, vindicaverunt. — [2]) Gleiche Verwechslungen des späteren und des Zwölftafelrechts enthalten Gaius 2, 47. 3, 23 (vgl. Paul. 4, 8, 22).

Hausherr um das Verbergen der Sache gewusst habe [1]). Um so weniger war an Strafe zu denken, wenn sich herausstellte, dass der Besitzer die gestohlene oder angeblich gestohlene Sache iusto titulo erworben hatte, wo also erst die rei vindicatio über das Eigenthum des anderen entscheiden musste.

Ferner setzte die actio furti concepti wohl voraus, dass der Bestohlene die Sache vor der Haussuchung in einer Weise kenntlich gemacht hatte, welche dem Gegner keinen Zweifel darüber lassen konnte, welche Sache gemeint sei.

Dass mit der Einführung der Haussuchung unter Zuziehung von Zeugen und der Strafe des quadruplum für Zurückweisung derselben die Haussuchung per lancem et licium abkommen musste, auch wenn sie nicht geradezu aufgehoben wurde, ist begreiflich; es ist aber nicht unwahrscheinlich, dass der Prätor, wie er die Kapitalstrafe für das furtum manifestum beseitigte, so auch jene Haussuchung in Wegfall brachte, indem er die actio furti prohibiti nur gewährte, wenn der von ihm eingeführten Haussuchung nicht Folge gegeben wurde. So mag Gaius zu dem Irrthum gekommen sein, dass auf Verweigerung der Haussuchung per lancem et licium gar keine Strafe stand.

Das System der Strafen wegen furtum wird in Justinians Inst. 4, 1, 4 noch ergänzt durch die actio furti non exhibiti, welche durch das prätorische Edict eingeführt und gegen denjenigen gerichtet gewesen sei, bei welchem die gestohlene Sache gefunden worden, wenn er dieselbe nicht exhibirte, oder wie Theophilus zu dieser Stelle bemerkt, wenn er sich der Wegnahme derselben seitens des Bestohlenen widersetzte. Auffallend ist bei dieser Erklärung die künstliche Bezeichnung von exhibere, fraglicher noch ist es, welchem Bedürfniss eine derartige Strafe entsprechen konnte. Denn ist die gesuchte Sache ohne formelle Haussuchung gefunden, so ist doch dadurch in keiner Weise erwiesen, dass sie dem Suchenden gestohlen sei; der Besitzer ist also durchaus berechtigt sie nicht ohne diesen Nachweis herauszugeben. Erst durch eine

---

[1]) Dieser Beweis wurde dem Kläger nur erspart, wenn jener es auf die formelle Haussuchung ankommen lies.

Weigerung auf die formlose Haussuchung einzugehen, trotzdem ihm die Sache genügend beschrieben worden, also durch die positive Erklärung die Sache nicht zu haben macht er sich strafbar, wenn sie dann bei der formellen Haussuchung gefunden wird. Aber auch bei der Auffindung durch formelle Haussuchung lässt sich kein durchgreifender Anlass denken denjenigen, der schon mit actio furti concepti haftete, noch einer weiteren Strafe zu unterwerfen, wenn er das Recht des Klägers an der Sache bestreitet; auch hier passte nur die rei vindicatio.

Die obige Auffassung der actio furti non exhibiti möchte demnach eine Erfindung der Institutionenverfasser sein [1]). Ich halte die actio furti non exhibiti für das Gegenstück der actio furti concepti, und zwar in der Richtung gegen den Suchenden. In die Hände des letzteren war durch die Drohung mit der actio furti concepti oder prohibiti eine Gewalt gelegt, welche, wenn sie kein Gegengewicht durch eigene Gefahr erhielt, zum Missbrauch führen musste. Wie sollte es sonst verhindert werden, dass jemand unter der Behauptung, eine Sache, die ihm gestohlen sei, befinde sich im Gewahrsam des Angesprochenen, sich den Eingang in dessen Haus und Hof und den Einblick in alle Räume, in jeden Behälter erzwang, um dort ganz andere Zwecke zu verfolgen, als nach der fraglichen Sache zu suchen? Ein so ungemessenes Zwangsrecht scheint undenkbar, ohne dass derjenige, der es ausübte, sich einer gleichen Gefahr im Falle der Erfolglosigkeit unterzog wie der

[1]) Das nehmen auch Kuntze Exkurse S. 565 und Demelius Exhibition § 46 an. Jener meint, wenn der Suchende nicht wagte, Haussuchung zu verlangen, weil er seiner Sache nicht gewiss war, so forderte er den Verdächtigen auf, die fragliche Sache vorzuzeigen; Weigerung dessen wurde mit poena furti bestraft. Warum genügte dann aber nicht die gewöhnliche actio ad exhibendum? Demelius bezieht die Klage auf den Fall, wenn die Sache hei der formellen Haussuchung gefunden sei, und glaubt, man habe dem Bestohlenen gegen den mit der actio furti concepti Haftenden, weil dieser den Verdacht rechtfertige beim Diebstahl oder bei Begünstigung desselben betheiligt zu sein, ein unbedingtes Anrecht auf Exhibition geben wollen, wozu die actio ad exhibendum nicht ausgereicht habe, weil sie ein iudicium directum voraussetzt, welches in manchen Fällen gegen den Besitzer nicht zugestanden habe. Danach wäre derjenige, welcher nicht einmal erwiesener Hehler ist, einer härteren Bestrafung ausgesetzt als der fur manifestus.

andere, welcher sich dem Zwange unterwerfen musste. Diese Strafe für das Nichtnachweisen, das non exhibere im eigentlichen Sinn, ist auch gewiss nicht erst im Edict, sondern schon in den 12 Tafeln anerkannt worden; das prätorische Edict hat sie nur durch Einführung einer Geldstrafe, und zwar wohl wie beim furtum conceptum durch das triplum zum selbständigen Straffall gemacht. Dass dieser Einsatz des Suchenden schon früh abgekommen ist, beweist das Uebergehen bei Gaius und in den sonst uns überlieferten Berichten aus der klassischen Zeit.

Königsberg, im November 1883.

VIII.

Die lex Iunia Norbana.

Von

Herrn Professor Dr. **Schneider**
in Zürich.

In dem Titel De Libertinis der Iustinianischen Institutionen I, 5. § 3 lesen wir: Libertinorum status tripertitus antea fuerat: nam qui manumittebantur modo maiorem et iustam libertatem consequebantur et fiebant cives R., modo minorem, et Latini ex lege Iunia Norbana (im Codex Bodl. und einem Bamberg. Schrader 16 a, 20 Urbana, im Cod. Hamburg. Schrader 26 Nomia) modo inferiorem, et fiebant ex lege Aelia Sentia dediticiorum numero.

Wir fassen das Mittelglied dieser Dreitheilung näher ins Auge, speziell die Worte ex lege Iunia Norbana. Theophilus hat sie folgendermassen übersetzt und glossirt: *ἀπὸ νόμου Ἰουνίου Οὐϱβανοῦ* (so in allen codd., nicht *Νοϱβανοῦ*) *ὅς εὑϱετὴς ἐγεγόνει τῆς αὐτῶν αἱϱέσεως.*

Gegen den Namen dieses Gesetzes sind schon längst Bedenken erhoben worden, freilich zunächst in ganz ungerecht-

fertigter Weise. Der Erste, der Einwendungen machte, scheint Göschen gewesen zu sein; ihm schlossen sich Zimmern, Vangerow, Bethmann-Hollweg, Rudorff, Lange, Madvig an. Rudorff nennt in seiner Rechtsgesch. Bd. I, p. 62 das Gesetz kurzweg lex Iunia Iunia und fügt bei: „bequemer, obwohl gegen die Regel nach dem Cognomen des Einen Iunia Norbana, nicht Norbani". Ihm stimmen auch noch Kuntze, Cursus des röm. Rechts, u. Esmarch, Rechtsg. 2 Aufl. p. 301 bei.

Zur Unterstützung dieser mit so grosser Zuversicht aufgestellten Behauptung beruft sich Rudorff auf Gai. 3, 56, wo Huschke las: legis itaque Iuniae Iuniae lator. Allein diese Lesart widerspricht dem nach der Studemund'schen Collation deutlichen Wortlaute der Stelle im Veroneser Codex, einem Wortlaute, welcher auch schon vor Studemund immer gelesen worden ist, und den nun auch Huschke selbst in seiner Iurisprudentia Anteiustiniana, 4. Aufl., publicirt.

Die Emendation Huschke's und Rudorff's wird übrigens schon durch die einfache, längst von Mommsen in Bekker's und Muther's Jahrb. II. p. 338 Anm. gemachte Betrachtung hinfällig:

Norbanus ist in der That nicht cognomen, sondern nomen gentilicium. Romanet du Caillaud, de la date de la loi Iunia Norbana, Paris 1882, und Cantarelli im Archivio giuridico Bd. 29 p. 19 geben sich grosse Mühe, dies nachzuweisen; in Deutschland hätte es dieser Anstrengungen wahrhaftig nicht mehr bedurft. Hier ist schon längst bekannt, dass die Consularfasten den Namen Norbanus immer als gentilicium gebrauchen[1]; und vollends hat Hübner in der Ephemeris epigraphica, Bd. II p. 42, eine grosse Reihe von Gentilicien auf -erna, -enus, -ienus, -anus u. s. w. und darunter auch die

[1]) So schon bei Sigonius Fasten, Hanoviae 1609, bei Orelli und dann bei Mommsen im C. I. L. Bd. I p. 538, 542, 544 zu den Jahren 671, 716, 730. Dieser Thatsache gegenüber nahm man früher an, Norbanus sei ursprünglich doch ein cognomen gewesen, der Gentilname der Norbani sei dann aber untergegangen und das cognomen an dessen Stelle getreten. Diese Ansicht theilte noch Eckhel in seiner doctrina numorum V, 262, und wie es scheint auch Orelli. Sigonius de nom. Rom. p. 352 liess bei Perpernae und Norbani unentschieden aut cognomine magis quam nomine delectati sunt aut certe ea nobis ignota sunt.

Norbani, mit besonderer Berufung auf die Consuln der Jahre 716, 730, 768, 772 a. u. aufgeführt.

Sprachlich steht also der Bezeichnung des Gesetzes als lex Iunia Norbana durchaus nichts im Wege.

Es ist klar, dass ein so bezeichnetes Gesetz zwei Rogatoren haben muss. Dieselben können nur entweder zwei Volkstribunen sein, wie bei der lex Plautia Papiria, so dass das Gesetz ein Plebiscit und in die republikanische Zeit zu versetzen sein würde, oder zwei Consuln, wie bei den leges Valeriae Horatiae, Aelia Sentia und vielen andern, nicht nur aus der republikanischen, sondern auch aus dem Anfang der Kaiserzeit herrührenden Gesetzen.

Im vorliegenden Falle ist, da die Iunier wohl alle Plebejer sind[1]), Beides möglich. Treten wir zuerst auf die letztere Möglichkeit ein, die Frage, ob das Gesetz von zwei Consuln herrühre.

Schon durch den Umstand, dass Norbanus als Gentilname erscheint, fällt die bisherige Begründung der älteren (Noordkerk'schen), nach Du Caillaud noch von Accarias, Précis du droit rom. 1874 und nach Cantarelli auch von G. B. Mazzini, lavoro inedito, von Michon, einem Nachbeter von Accarias, und sogar von Demangeat festgehaltene, schon von Heineccius, Hugo und Göschen bekämpfte Annahme dahin, dass das Gesetz die Namen der Consuln des Jahres 671 a. u. trage. Denn in diesem Jahre war neben C. Norbanus Bulbus (nicht Balbus, wie Rudorff schreibt), L. Corn. Scipio Asiaticus Consul, und das Gesetz müsste also, wenn von den Consuln dieses Jahres rogirt, lex Cornelia Norbana heissen, wie schon Vangerow, Latini Iuniani, p. 4 A. 1, hervorhebt.

Ein aus einem Iunier und einem Norbaner bestehendes Consulpaar finden wir einzig im Jahre **772/19**:

M. Iun. M. f. Silanus — L. Norbanus C. f. Balbus. Vgl. Dio C. 57, 18. Es scheint daher offenbar das Gesetz in dieses Jahr versetzt werden zu müssen, falls es überhaupt ein consularisches Gesetz ist. Und in der That ist dieses Datum,

---

[1]) Nach Mommsen, röm. Forsch. I, 111 ist der einzige patricische Iunier, nämlich Brutus, höchst wahrscheinlich apokryph.

15*

so viel ich sehe, jetzt von allen deutschen Gelehrten angenommen, mit Ausnahme Mommsens[1]).

Die neueste Publikation, die für das Jahr 772 eintritt, ist der sehr fleissig gearbeitete Aufsatz von Cantarelli in Serafini's Archivio giuridico, Vol. 29 p. 3 und Vol. 30, p. 41 betitelt: I Latini Iuniani.

Diese Datirung wird nun aber von Du Caillaud in der angeführten Schrift an der Hand von Accarias' „précis" bekämpft. Das Buch enthält freilich im Einzelnen viel Ungenaues und auch Unrichtiges; der Autor ist mit der deutschen Fachliteratur so gut wie gar nicht bekannt, citirt er doch Cicero's topica immer nach einer Ausgabe von 1534; aber die hier aufgenommene Argumentation Accarias' gegen das Jahr 772 (Accarias schreibt noch in der Orelli'schen Zählung 771) verdient doch nähere Beachtung. Sie geht dahin:

Nach Gaius I, 29 ff. u. 66 wurde der manumissus gemäss der lex Aelia Sentia in gewissen Fällen Latinus. Diese lex datirt aber unbestrittenermassen aus dem Jahre 757 (Accarias 756). Nun sagt uns Dositheus, 12, dass die lex Iunia Latinorum genus introduxit. Danach muss also diese lex Iunia vor das Jahr 757 fallen.

Man wird nun freilich vor Allem einwenden: Dositheus ist weder Jurist noch Zeitgenosse; er schrieb erst i. J. 207 und zwar als grammaticus vel ludimagister; er kann also unter keinem Titel eine besondere Autorität in dieser Frage beanspruchen. Allein wahrscheinlich ist kein Geringerer als Cervidius Scaevola, der Lehrer Papinians, sein Gewährsmann, und gerade an dieser Stelle stützt sich Dositheus ausserdem noch auf einen Andern, Octavenus. —

Von viel grösserem Gewichte ist dagegen folgende Einwendung: Schon Rudorff (Rechtsgesch. I p. 60) scheint der Ansicht zu sein, dass die lex Aelia Sentia in Wirklichkeit Nichts von Latini gesagt habe. Wenigstens spricht er, indem er die verschiedenen durch die lex normirten Punkte aufzählt, kein Wort von solchen, bemerkt dagegen bei Anlass der lex Iunia Norbana, dass diese mit ihren Latini auch einen Theil der lex Aelia Sentia umfasse. Danach wäre es also möglich,

[1]) Siehe Mommsen in Bekker und Muther's Jahrb. II. p. 338.

dass die lex Iunia Norbana die Latini einführte und doch erst das spätere der beiden Gesetze war; und dies spricht Padelletti-Holtzendoff, Rechtsg. p. 324, auch geradezu aus.

Hiefür werden folgende zwei Argumente angeführt:

1. Nach Gai. I, 38 kann gemäss der lex Ael. S. ein minor XX annorum nur vindicta apud consilium causa probata manumittiren. Dem fügt Gai. I, 41 bei, dass ein solcher minor auch nur apud consilium causa probata den servus zum Latinus machen könne; aber es scheint, dass das wirklich nicht im Gesetze gestanden hat. Warum nicht, wenn der Begriff der Latini bereits durch die lex Iunia Norbana geschaffen war?

2. Ferner sagt Ulp. 1, 12 von der lex Aelia Sentia:

> testamento manumissum (eius aetatis servum) perinde haberi iubet, atque si domini voluntate in libertate esset, ideoque Latinus fit.

Nach dieser Stelle hat zweifellos die lex Aelia Sentia den Ausdruck Latinus hier nicht selbst gebraucht; es scheint also, dass sie den Begriff des Latinus Iunianus noch nicht vorgefunden und darum den Zustand eines solchen Menschen noch durch Beschreibung bezeichnet habe, so dass Ulpian dafür aus dem späteren Gesetze den Namen erst einfügen musste.

Allein diese beiden Gründe sind doch in Wirklichkeit nicht schlüssig:

ad 1. Es ist durchaus nichts Besonderes und steht auch gerade mit dem römischen Gebrauche nicht in Widerspruch, dass das Gesetz sich nur über die Fähigkeit zur Vornahme einer wahren, vollen, althergebrachten Freilassung aussprach, obgleich die unvollkommene bereits gesetzlich anerkannt war, so dass die Ausdehnung der neuen gesetzlichen Bestimmung auf die unvollkommen Freigelassenen der juristischen Interpretationskunst überlassen blieb;

ad 2. Der Ausdruck des Gesetzes perinde atque si domini voluntate in libertate esset setzt nicht nothwendig voraus, dass die Latini Iuniani noch nicht bestanden. Wenn Cantarelli meint, die Stelle würde ganz unmöglich so lauten können, wenn die lex Iunia Norbana der lex Aelia Sentia vorangegangen wäre, da jene ja gerade dem in libertate morari ein Ende gemacht habe, so übersieht er, dass hier nicht das blosse in libertate morari gebraucht ist, sondern geradezu

in libertate esse, ein Ausdruck der von Vangerow in seinen Latini Iuniani in Parallele gesetzt ist mit dem in bonis esse der Sachen des bonitarischen Eigenthümers (nur ist freilich letzteres prätorischen, unser in libertate esse aber legitimen Ursprungs)[1]. Aber auch ganz abgesehen davon konnte die Stelle auch bei der Vorexistenz der lex Iunia gar nicht anders lauten. Latini Iuniani konnte das Gesetz diese Leute nicht nennen; denn das wurden sie nicht; wenn dieses älische Gesetz sie zu Latini erklärte, so waren sie Aeliani; einfach Latini konnten sie auch nicht genannt werden, denn unter diesen verstand man damals coloniarii. So war der angewendete Ausdruck auch wenn die lex Iunia Norbana bereits erlassen war, in der That der einzig richtige, und es war wiederum lediglich Sache der Interpretation, den Schluss zu ziehen, dass diese Leute Latini fiunt.

So gebe ich auch vollständig zu, dass in Gai. I, 29:

> ex lege Aelia Sentia minores triginta annorum manumissi et Latini facti —

die letzten drei Worte nicht nothwendig im Gesetze gestanden haben, vielmehr sehr wohl ein Zusatz des Gaius sein können; und das Nämliche gilt auch gewiss für die gleichen Worte in Gai. I. § 31:

> hoc ius minores triginta annorum manumissi et Latini facti ex lege Aelia Sentia habuerunt,

wobei die Worte ex lege Aelia Sentia gewiss zu hoc ius habuerunt zu ziehen, nicht mit Latini facti zu verbinden sind. Aber das Alles liefert aus den angeführten Gründen auch nicht einmal einen Wahrscheinlichkeitsbeweis.

Ganz so verhält es sich endlich auch mit dem Ausdruck manumissi futuri Latini essent in Gai. III, 76 und mit der Ausdrucksweise bei Gai. I, 29. Hier ist der Ausdruck ex lege Aelia Sentia uxorem ducere, der noch öfter wiederkehrt (s. Gai. I, 66, 68, 69, 70, 71), erklärt; und zwar soll derselbe dann in Anwendung kommen, wenn der Latinus factus vor sieben gehörigen Zeugen heirathet vel civem Romanam vel Latinam

---

[1]) Dass das in libertate esse eines servus auch sonst noch vorkam, zeigt übrigens auch l. 28 Dig. de liberali cau. 40, 12, vgl. Vangerow l. c. p. 52, Anm. 10.

coloniariam vel eiusdem condicionis, cuius et ipse est; wobei gewiss im letztern dieser drei Glieder Latinam zu ergänzen ist. Ich kann auch nicht mit Padelletti zugeben, dass nach dem Wortlaute der Stellen die lex Aelia Sentia sich auf die Iunia Norbana bezogen haben und deswegen das spätere Gesetz sein müsse; und ich kann daher auch das von ihm vorgeschlagene, wie mir scheint unzureichende Mittel nicht in Anwendung bringen, welches darin besteht, dass er eine hier von den Juristen begangene Verwechslung annimmt. Er meint, dass diese gar wohl angenommen werden könne, weil „die Juristen gewöhnlich beide Gesetze gemeinschaftlich commentirten". Das dürfte schwer zu beweisen sein; von Ulpian wenigstens wissen wir, dass er die lex Aelia Sentia separat kommentirt hat (Rudorff, Rechtsgesch. I p. 60, Note 2).

Aber sollte sich nicht aus dem uns überlieferten Inhalte der beiden Gesetze deren zeitliches Verhältniss erkennen lassen?

Um diese Frage mit einiger Sicherheit beantworten zu können, werden wir uns nur an diejenigen Stellen halten, welche den Inhalt der Gesetze selbst angeben, nicht an diejenigen, welche von der Stellung der Latini sprechen, da in den letzteren möglicherweise erst von späteren Erzeugnissen der Jurisprudenz oder der Rechtsquellen die Rede ist.

Die lex Iunia Norbana

hat folgende Bestimmungen aufgestellt:

1. a) Inter amicos manumissi sind Latini (Ulp. I, 16); —
   b) libertatem acceperunt qui olim servi videbantur esse (Gai. I, 22); —
   c) Die von mir, dem bonitarischen Eigenthümer, Freigelassene kann nur Latina fieri et bona eius ad me pertinent, sed eius tutela tibi (dem quiritarischen) competit (Gai. I, 167); —
   d) Admonendi sumus .... per legem Iuniam eos omnes quos praetor in libertate tuebatur liberos esse coepisse et appellatos esse Latinos Iunianos, Latinos ideo, quia lex eos liberos perinde esse voluit atque qui ex urbe Roma in Latinarum coloniam deducti Latini coloniarii esse coeperunt (Gai. III, 56); —

e) Hi qui domini voluntate in libertate erant, manebant servi . . . . ., sed nunc habent propriam libertatem inter amicos manumissi et fiunt Latini Iuniani, quoniam lex Iunia quae libertatem eis dedit, exaequavit eos Latinis coloniariis . . . . . lex enim I. eos fieri Latinos iubet (Dosith. 5—7).

f) Ut possit habere servus libertatem, talis esse debet ut praetor . . . . . . eius libertatem tueatur: nam et hoc lege I. cautum est; sunt autem plures causae, in quibus non tueatur (eod. 8).

g) Latini ex lege I. N. fiebant (Inst. 1, 5, 3).

2. a) Latinus capere hereditatem prohibetur (Ulp. XXII, 3);—

b) non illis permittit lex I. vel ipsis testamenta facere vel ex testamento alieno capere vel tutores testamento dari (Gai. I, 23); —

c) peregrini ratione civili prohibentur capere hereditatem legataque, Latini vero per legem Iuniam (Gai. II, 110).

d) Latini hereditates legataque directo iure lege I. capere prohibentur (Gai. II, 275).

e) Latinorum legitimae successiones nullae penitus erant qui licet ut liberi vitam suam peragebant, attamen ipso ultimo spiritu simul animam atque libertatem amittebant et quasi servorum ita bona eorum iure quodammodo peculii ex lege I. manumissores detinebant (Inst. 3, 7, 4); —

f) In Cod. VII, 6, 1 und 1a werden als bestimmend für die Latini genannt die lex Iunia, S. C. Largianum, und ein edictum Trajani [1]).

Die lex Aelia Sentia

handelt

1. von denjenigen manumissi, welche dediticii oder gar nicht frei werden (Gai. I, 13 ff. 21, 27, 37, 47; III, 74; Dosith. 16; Ulp. 1, 11; Inst. 1, 6; Dig. 40, 9, 27 pr.);
2. von den Voraussetzungen einer voll wirksamen manumissio (Gai. I, 18; 38 ff.; Ulp. I, 12 ff.; Inst. 1, 6, 4 ff.);

---

[1]) Ueber die Citation der lex I. bei Ulp. 3, 3 s. u. p. 238.

3. von der Art, wie minores XXX annorum manumissi et Latini facti Bürger werden können (Gai. I, 29 ff. 66; III, 73 cf. lex municip. Salp. c. 28);
4. von der Ehe (und vielleicht der fehlenden patria potestas) eines Latinus (Gai. 1, 66; Ulp. 7, 4);
5. testamento manumissum (minorem XXX annor.) perinde haberi iubet atque si domini voluntate in libertate esset (Ulp. 1, 12) [1]);
6. der Nachlass des dediticius kommt dem manumissor zu (Gai. III, 75; vgl. auch das Fragment de dediticiis aus dem Fajjum, Huschke, die jüngst aufgefundenen Bruchstücke p. 54 No. 3; Cohn in der Ztschr. d. Sav.-St. 2 p. 90 ff.)

Diese Stellen zeigen uns, dass die lex Iunia Norbana in der That die Voraussetzungen der Latinität festgestellt hat. Die prisci Latini kamen nicht mehr in Frage, seitdem das foedus Cassianum „mit dem Schwerte zerhauen", eine latinische Stadt um die andere zum municipium sine suffragio erhoben und dann in Folge des Marsischen Krieges in die civitas optimo iure aufgenommen worden war. Es konnte sich also nur noch um die Analogie mit den Latini coloniarii handeln. Diese wird gemacht. Leute, die bis dahin nur morabantur in libertate unter dem Schutze des Prätors, erhalten jetzt eine gesetzlich geregelte Stellung als Latini.

Indem sie aber frei erklärt werden, wird ihnen die testamenti factio grösstentheils vorenthalten, damit ihr Gut quodammodo iure peculii an ihre patroni zurückfalle. Es sollen durch die gesetzliche Freierklärung immerhin keine privaten rein vermögensrechtlichen Befugnisse verletzt werden.

Es ist ganz klar, dass wir hier ein grundlegendes Gesetz vor uns haben.

Setzen wir nun den Fall, dass die lex Aelia Sentia die frühere war, so stossen wir auf folgende Sonderbarkeiten:

1. Die minores XXX annorum testamento manumissi werden gesetzlich in eine seltsame Stellung gebracht. Das Gesetz schafft ohne Bedenken einen neuen Fall eines Zustandes,

---

[1]) Ueber die Stelle vgl. Vangerow, Latini Iun., p. 24 ff., der die Worte „ideo (Huschke: proinde) sine consilio manumissum Caesaris (Huschke: eius aetatis) servum manere putat" mit einleuchtenden Gründen für ein Glossem erklärt.

der noch gar nicht gesetzlich anerkannt ist, ja eigentlich dem civilen Rechte widerspricht und nur durch den Schutz der Prätoren aufrecht erhalten wird. Nach dem bestehenden Civilrechte heisst ja perinde haberi ac si domini voluntate in libertate essent soviel wie servos haberi, und es ist ja eigentlich höchst selbstverständlich, ja trivial, dass der nicht 30 Jahre alte servus, den sein Herr im Testamente frei erklärt hat, sich mit dem Willen des Herrn in factisch freiem Zustande befinde. Dagegen erhält die Bestimmung sofort ihre sehr gute Bedeutung, wenn die Lage derjenigen, qui domini voluntate in libertate sunt, bereits gesetzlich geregelt war [1]).

2. Ein rechtlich als servus erklärter Mensch soll eine Ehe mit einer Freien, selbst mit einer römischen Bürgerin schliessen können, und noch dazu unter feierlicher Zuziehung von 7 römischen Bürgern als Zeugen: und er soll in der Folge sogar von selbst, ohne Hinzuthun seines dominus, Bürger werden und die patria potestas über seine vorher geborenen Kinder erlangen können [2]).

3. Die lex Iunia Norbana erklärt nur die inter amicos manumissi für Latini, nicht auch, soviel uns wenigstens überliefert ist, die ohne causae probatio manumissi unter 30 Jahren, auf die ja alle für die Erstern angeführten Argumente auch passten.

4. Die auch von Vangerow l. c. p. 14 anerkannte Schwierigkeit, dass danach sowohl Ulpian (tit. 1 § 11) als auch Gaius (III § 76) ungenau berichtet haben müssen. Ulpian nämlich sagt:

---

[1]) E. Ferrero, dei Libertini, Torino 1877, der die lex Aelia Sentia für das frühere Gesetz erklärt, empfindet diese Schwierigkeit gar wohl; er will sie aber damit überwinden, dass er annimmt, die lex Aelia Sentia habe wirklich die Latinität für die ohne causae probatio manumittirten servi unter 30 Jahren eingeführt, und die lex Iunia Norbana das dann nur weiter ausgedehnt. Das ist aber aus den Quellen nicht zu beweisen; die lex Aelia Sentia müsste sich über dieses Verhältniss jedenfalls einlässlicher ausgesprochen haben, als uns überliefert ist, und, wie schon bemerkt, würden diese Latini richtigerweise nicht Iuniani, sondern Aeliani heissen. — [2]) Vangerow, Latini Iun., p. 8, hilft sich über diese Schwierigkeit damit hinweg, dass er sagt, dass die lex Aelia Sentia gewiss nur von einem Contubernium gesprochen habe; aber wo steht das? und ein contub. mit 7 männl., mündigen röm. Bürgern als Zeugen?! Vgl. eod. p. 170 Anm.

> Dediticiorum numero sunt qui poenae causa vincti sunt a domino .... deinde quoquo modo manumissi sunt. idque lex Aelia Sentia facit.

Der Ausdruck quoquo modo manumissi muss zu Ulpians Zeit auch die inter amicos, per epistolam, per mensam manumissi umfassen. Wenn die lex Aelia Sentia von diesen sprach, so kann sie das doch wohl nur auf Grund eines andern Gesetzes gethan haben, das diesen Leuten doch wenigstens die Freiheit gab. Vangerow hilft sich dadurch, dass er sagt: Nach der lex Aelia Sentia wirkte eine solche Freilassung rechtlich gar Nichts, und so auch nach der spätern lex Iunia; aber wahrscheinlich wurde dies durch ein späteres S. C. abgeändert.

Gaius sagt, indem er von der lex Aelia Sentia spricht:

> Eorum bona qui si non in aliquo vitio essent, manumissi Latini futuri essent, proinde tribuuntur patronis, ac si Latini decessissent: nec me praeterit, non satis in ea re legis latorem voluntatem suam verbis expressisse.

Vangerow selbst muss anerkennen, dass die gerügte Unklarheit des Gesetzes kaum möglich war, wenn dasselbe die hier erwähnten Leute eben einfach als Sklaven ansah, wenn also die lex Iunia nicht voranging, welche sie als Freie anerkannte. Aber auch hier muss ein S. C. aushelfen: „Wie so häufig wird in unsern juristischen Quellen einem Gesetze selbst zugeschrieben, was doch erst späterer Zusatz zu demselben ist! Wie so leicht konnten Gaius und Ulpian hier, wo es ihnen auf historische Entwickelung gar nicht ankam, dieser Sitte folgen und den Senatsbeschluss, der erst später die Vorschrift der lex Aelia über die dediticii auch auf solche ausdehnte, welche ohne turpitudo Latiner geworden wären, wie einen Theil der lex Aelia selbst behandeln". Ja, wenn wir nur auch eine Spur von diesem S. C. hätten! —

Alle diese Schwierigkeiten lösen sich auf, sobald wir die lex Iunia Norbana als das frühere Gesetz erkennen:

Der Zustand Derer, qui domini voluntate in libertate sunt, ist bereits gesetzlich geregelt. Indem der Gesetzgeber durch ein neues Gesetz denselben für einen neuen Fall herbeiführt, sind alle Consequenzen davon schon gegeben. Da ein solcher Mensch nun bereits vom Gesetze als frei und zwar als zu der

am besten gestellten Klasse der Nichtbürger gehörig erklärt ist, ist die Möglichkeit eines matrimonium, wenn diese Latini auch kein connubium haben (s. z. B. Ulp. 5, 9) doch wenigstens iuris gentium, bereits gegeben. Es ist ein sehr natürlicher Fortschritt einerseits, dass nun ein folgendes Gesetz einem solchen Latinus die Erlangung der Civität erleichtert, wie sie ja auch den Latini coloniarii erleichtert war, und anderseits, dass derjenige Kaiser, der schon seit einer Reihe von Jahren für einen Gesetzesentwurf kämpfte, welcher die Eheschliessung unter den römischen Bürgern begünstigen sollte, solchen Latini, die weder coelibes noch orbi waren, die Möglichkeit gab, sich sammt ihren Familien in's Bürgerrecht aufnehmen zu lassen. Das Kind einer Mutter dieses Standes ist auch wie sie selbst nicht servus, sondern freigeboren, die Ertheilung des Bürgerrechtes an dasselbe durch einfache Erklärung des Prätors daher auch nichts Auffallendes mehr.

Bei dieser Zeitfolge wird auch die Veranlassung der lex Aelia Sentia recht deutlich. Die lex Iunia Norbana hatte mit Einem Schlage eine Menge bestgestellter Nichtbürger in der Stadt geschaffen. Darunter befand sich sehr viel Gesindel. Gewiss hat man gerade die schlechtesten Sklaven eher formlos als vindicta censu testamento freigelassen. Solche Leute sollen in Zukunft nicht mehr Latini werden, so wenig als die formell Freigelassenen dieser Art Bürger werden sollen numquam eos aut cives Romanos aut Latinos fieri dicemus (Gai. I, 15); sie werden nur peregrini dediticii.

So wird auch die von Gai. (III, 76) gerügte Unklarheit des Gesetzes am ehesten begreiflich:

Die lex Iunia Norbana bestimmte:

inter amicos Freigelassene werden Latini; sie können kein Testament machen und werden iure quodammodo peculii von den manumissores beerbt.

Die nachherige lex Aelia Sentia bestimmte:

Bestrafte etc. servi werden durch Freilassung dediticii.

Unter diesen unterscheidet nun Gai. I, 75:

1. Sind sie formell freigelassen, so würden sie, wenn ohne Makel, cives liberti sein, also iure patronatus von den manumissores beerbt; das soll auch für die dediticii gelten;

die Mehrzahl der Juristen geht jedoch noch weiter und sagt, sie haben gar keine testamenti factio.

2. Sind sie formlos freigelassen, so würden sie, wenn ohne Makel, Latini sein, also wiederum von den manumissores beerbt werden (Inst. 3, 7, 4); auch das soll, obgleich das nicht klar oder gar nicht gesagt wird, gewiss ebenfalls für das formlos freigelassene Gesindel, die formlosen dediticii, gelten.

Ganz ebenso einfach erklärt sich dadurch auch Dositheus 14. Er sagt:

1. Der nach der lex Iunia Norbana inter amicos manumissus wird Latinus auch dann, wenn er noch nicht 30 Jahre alt ist; darin ist also durch die Aelia Sentia Nichts geändert worden;
2. aber auch bei diesem kann gemäss der Aelia Sentia nach seinem vollendeten 30. Jahre die manumissio mit der Wirkung der Civität wiederholt werden.

Das ist, beiläufig gesagt, dann durch ein S. C. auch für Diejenigen ermöglicht worden, die nach ihrem 30. Lebensjahre inter amicos manumittirt wurden (Gai. I, 31). Und nicht weniger natürlich erklärt sich Gaius I, 41:

Nach der lex Iunia Norbana ist der formlos Freigelassene Latinus; die lex Aelia Sentia hat das insofern geändert, als ein minor XX annorum ohne causae probatio apud consilium den servus auch nicht einmal mehr zum Latinus machen kann; sie hat diese probatio dem jungen Herrn für alle und jede Wirkung seiner manumissio vorgeschrieben.

Vangerow l. c. p. 5 glaubt die Priorität der lex Aelia Sentia durch folgende Argumentation nachweisen zu können:

Gai. I § 29 schreibt die Einführung der causae probatio der lex Aelia Sentia zu;

Ulp. III § 3 dagegen gibt die lex Iunia als deren Quelle an;

Gaius I § 80 löst den Widerspruch so, dass das eine Gesetz die Vorschrift des andern mit Modifikationen wiederholte; dieses andere, frühere Gesetz kann aber nur die lex Aelia Sentia sein, weil die Befugniss zur causae probatio ursprünglich nur Denen zustand, welche wegen ihres noch nicht 30jährigen Alters die

Civität nicht erhalten hatten, und die lex Aelia Sentia hat nach Gai. I, 18 zuerst dieses Alter zur Bedingung der Freiheit gemacht; dagegen ist kein Grund zu finden, wesshalb die Vorschrift der lex Iunia von der lex Aelia wiederholt worden wäre. —

Ich stelle mir dagegen den Sachverhalt so vor:

Zuerst erklärte die lex Iunia unvollkommen Freigelassene zwar für frei, aber Latini; dann schuf die lex Aelia S. eine neue Klasse solcher unvollkommen Freigelassener, bestimmte aber zugleich, dass die Angehörigen derselben causa probata matrimonio Bürger werden können, wesshalb eine solche Ehe überall matrimonium ex lege Aelia Sentia contractum genannt wird. Gai. I § 29 ist also ganz richtig; es konnte aber eod. § 80 ganz wohl gesagt werden, per legem Aeliam Sentiam et Iuniam conubium inter eos dari. Ulp. 3, 3 dagegen ist so wie so, bei der Vangerow'schen Annahme wie bei der meinigen, ungenau, indem er ausdrücklich nur von demjenigen Latinus spricht, qui minor triginta annorum manumissionis tempore fuit. Die Ungenauigkeit ist allerdings bei meiner Annahme grösser, lässt sich aber sehr wohl erklären; Ulpian spricht eben von Latini, und diesen Begriff hatte die lex Iunia geschaffen. Gerade so ist ja auch im Erbrecht die Quart auf das S. C. Trebellianum zurückgeführt worden, während sie eigentlich dem Pegasianum angehört.

Ein weiteres Argument schöpft Vangerow aus der oben p. 232 unter No. 1, f, angeführten Stelle des Dositheus, indem er sagt: „Hienach erklärte also die lex Iunia ausdrücklich, dass sie die bestehenden Beschränkungen der Manumission nicht aufheben wolle. Da es nun aber überhaupt keine die Freilassung beschränkenden Gesetze gibt als die lex Aelia und die gleichzeitige lex Furia (lies Fufia) Caninia, so kann die lex Iunia gerade nur auf diese verwiesen haben und muss also denselben nothwendig nachgefolgt sein".

Diesen Schluss halte ich nun für entschieden ungerechtfertigt. Wie Dositheus im citirten § 8 (Vangerow citirt ihn als § 10) verspricht, sagt er in den folgenden §§ auch wirklich ganz deutlich: der servus wird durch manumissio nur dann frei, wenn er in bonis manumissoris ist (§ 9), wenn er von allen seinen Miteigenthümern freigelassen wird (§ 10), wenn

nicht noch ein ususfructus auf ihm lastet (§ 11); das sind die Fälle, in denen der praetor eius libertatem tuetur, die entgegengesetzten sind die plures causae, in quibus non tuetur.

Cantarelli l. c. p. 29 sagt gegen Ferrero: Wenn die lex Aelia Sentia die Latinität für minores XXX annorum manumissi eingeführt hätte, so würden diese Latini nicht Iuniani, sondern Aeliani heissen. Gewiss mit Recht, wenn, wie Ferrero annimmt, die lex Iunia die spätere ist; die Aelia Sentia würde ja damit eine ganz neue Klasse von Latini gegenüber den bisherigen Latini coloniarii geschaffen haben; mit Unrecht aber, wenn, wie ich annehme, die lex Iunia vorhergegangen ist; denn dann fand die Aelia Sentia den Stand, dem sie eine neue Klasse von Individuen zuführte, schon vor. Man hätte allerdings trotzdem von Latini Aeliani sprechen können neben den Iuniani, besonders, wenn nur jenen die causae probatio anniculi offen stehen sollte, wie man ja in der Zeit der Republik auch mehrere einander sehr ähnliche Klassen von postumi unterschieden hat; aber nothwendig war es nicht, hat man ja doch auch unter der Bezeichnung tutor Atilianus später jeden tutor dativus verstanden.

Endlich ist von Hugo darauf hingewiesen worden, dass Gaius zuerst von der lex Aelia Sentia und dann erst von der lex Iunia Norbana spreche; daraus folge, dass letzteres das spätere Gesetz sein müsse. Ich halte den Schluss durchaus nicht für gerechtfertigt. Gaius theilt in I, 12 die libertini in drei Klassen:

römische Bürger,
Latini,
dediticii,

und sagt dann, zuerst wolle er von den dediticii sprechen. Da Letztere in der lex Aelia Sentia behandelt sind, muss er diese natürlich zuerst in Behandlung nehmen. Dositheus umgekehrt behandelt zuerst die lex Iunia und dann erst die Aelia Sentia; ebenso Ulpian. Und wenn etwa in der Verbindung die lex Aelia Sentia zuerst genannt wird (Gai. I, 80), worauf Vangerow, Ferrero und Cantarelli Gewicht legen, so ist das gewiss ganz irrelevant; es erscheint natürlich, dass dasjenige Gesetz, welches eingehend von den Heirathen der

Latini facti handelte (Gai. I, 29 ff., 66; III, 73), zuerst genannt wurde, auch wenn es das spätere war.

So komme ich dazu, mich der Ansicht von Accarias und Du Caillaud, wenn auch in der Begründung ganz von ihnen abweichend, anzuschliessen, dass die lex Iunia Norbana vor die lex Aelia Sentia, also vor das Jahr 757 fällt.

An dieser Stelle muss nun auf die von Mommsen in dem schon angeführten Aufsatze ausgesprochene Ansicht eingetreten werden. Mommsen nimmt ohne Weiteres als sicher an, dass die lex Aelia Sentia v. J. 757 die Existenz der Latini Iuniani bereits voraussetze, und verwirft „die jetzt gangbare Annahme, dass die Latini Iuniani älter als das junische Gesetz und der Name jünger sei als die Institution“, als in hohem Grade gezwungen. Er spricht, wie schon in seinen „Stadtrechten v. Salp. und Mal.“ p. 391, die Ansicht aus, „dass von Tiberius' Regierungsantritt an gerechnet, abgesehen von der mittelbaren Kaisergesetzgebung und von den exceptionellen Volksbeschlüssen, die der archäologisirende Kaiser Claudius zu rogiren beliebte, Comitialgesetze nicht weiter vorkommen, sondern die Senatsbeschlüsse materiell wie formell an deren Stelle treten, comitia e campo ad patres translata (Tac. ann. I, 15)“; er fügt bei, es bedürfe kaum „dieses neuen und sehr ernstlichen Bedenkens, um die gangbare Zeitbestimmung und Benennung des junischen Gesetzes zu beseitigen“.

Dieses Bedenken ist nun aber auch freilich nicht stichhaltig. Tacitus hat gleich vor der angeführten Stelle erklärt, dass Tiberius 12 Candidaten der Prätur genannt, und entgegen der Einladung des Senates, die Candidaturen nach Belieben zu vermehren, dies ein für allemal auf das Entschiedenste abgelehnt habe. Er fährt nun fort, jetzt zum ersten Male seien die Comitien vom campus (Martius) auf den Senat übergegangen, das Volk habe kaum gemuckst, und die Senatoren seien froh gewesen, nicht mehr bei ihm mit Wort und That um die Aemter betteln zu müssen; so seien bloss 4 Candidaten (Nipperdey ins. praeturae) empfohlen worden; die Volkstribunen haben verlangt, dass diese die augustalischen Spiele auf eigene Rechnung geben sollten, diese Spiele seien aber auf Staatskosten genommen worden. Danach ist klar, dass die Stelle gar nicht von leges, sondern nur von Wahlen spricht,

von denen im ganzen Zusammenhange ausschliesslich die Rede ist[1]).

Das ist übrigens auch die jetzt allgemein angenommene Ansicht und wir kennen ja auch eine ziemliche Zahl von Volksbeschlüssen aus Tiberius' Zeit (vgl. Willems, droit publ. Rom. 4 p. 440). — Ja Mommsen selbst scheint sie jetzt zu theilen, indem er in seinem röm. Staatsrechte II² p. 847 sagt: „Seit Tiberius sind, von den vereinzelt stehenden Rogationen des Claudius nnd des Nerva abgesehen, Gesetzesvorschläge nicht mehr von den Kaisern, und seit der zweiten Hälfte seiner Regierung auch von andern Magistraten nicht mehr der Bürgerschaft zur Annahme oder Verwerfung vorgelegt worden".

Wenn nun aber auch dieser Grund wegfällt, so bleibt doch nichtsdestoweniger der Satz bestehen, dass das junische Gesetz vor das älisch-sentische zu setzen ist.

Aber in welche Zeit soll es denn nun fallen?

Du Caillaud glaubt das Räthsel zu lösen, indem er folgendermassen argumentirt:

Man liest in den Fasten der Jahre 729 und 730 (nach ihm 728 und 729) folgende Consuln:

729: Imp. Caes. Divi F. C. N. Aug. VIIII —
M. Iun. D. F. M. n. Silan (Mommsen M. F.)
730: Imp. Caes. Div. F. C. N. Aug. X —
C. Norban. C. F. C. n. Flaccus.;

Im Jahre 729 rogirte der Cos. Iunius im Auftrage des in Spanien beschäftigten Augustus vor dem Volke das Gesetz. Das nächste Jahr kam Augustus nach Rom zurück, revidirte das Gesetz, liess es im consilium principis studiren und dann durch seinen neuen Kollegen Norbanus dem Volke neuerdings vorlegen: daher auch der Name dieses Consuls im Namen des Gesetzes[2]).

Du Caillaud stützt sich dabei auf eine Stelle von Dio Cassius; es ist offenbar Dio C. 53, 21 gemeint, wo es heisst:

---

[1]) So ist auch Vill. Pat. II, 124 primum principalium eius operum fuit ordinatio comitiorum quam manu sua scriptam D. Augustus reliquerat, zu verstehen. Vgl. eod. cap. 126 summota e foro seditio, ambitio campo, discordia curiae. — [2]) Nach Reitz (in seiner Ausgabe des Theophilus) hatte schon Doujatius das Gesetz diesen beiden Consuln zugeschrieben, jedoch, wie Reitz annimmt, lediglich aus Versehen.

οὐ μέντοι καὶ πάντα ἰδιογνωμονῶν ἐνομοθέτει, ἀλλ' ἔστι μὲν ἃ καὶ ἐς τὸ δημόσιον προεξετίθει, ὅπως ἄν τι μὴ ἀρέσῃ τινά, προμαθὼν ἐπανορθώσῃ. προετρέπετό τε γὰρ πάνθ' ὁντινοῦν συμβουλεύειν οἱ, εἴ τίς τι ἄμεινον αὐτῶν ἐπινοήσειε· καὶ παῤῥησίαν σφίσι πολλὴν ἔνεμε, καί τινα καὶ μετέγραφε.

Von dieser ganzen Stelle scheinen mir nur die vier letzten Worte in Betracht fallen zu können, und ich gebe die Möglichkeit — keineswegs die Gewissheit — zu, dass das *μεταγράφειν* die Abänderung eines vom Volke bereits angenommenen Gesetzes bedeute.

Allein daraus folgt durchaus nicht, dass dann die neue, modificirte Gesetzesvorlage den Namen der alten beibehalten und nur denjenigen des neuen Cos. zugefügt hätte. Dass ein römisches Gesetz die Namen zweier aufeinander folgenden Beamten trage, ist so unerhört, dass wir das ohne bestimmte Quellenzeugnisse unmöglich annehmen können, und solche fehlen hier gänzlich.

Noch mehr: wenn ein solches Gesetz dann trotzdem etwa nur mit Einem Namen citirt würde, so würde das wohl eher der Name desjenigen Consuls sein, der ihm seine definitive gültige Gestalt gegeben hat, nicht der des Rogators bereits derogirter Bestimmungen. Hier ist das Umgekehrte der Fall: das Gesetz wird sehr oft lex Iunia genannt, niemals lex Norbana. —

Auf ein anderes Auskunftsmittel ist Esmarch, Rechtsgesch., 2. Aufl. p. 301, verfallen. Er nennt das Gesetz eine erst 772/18 (19?) solennisirte (was heisst das?), aber jedenfalls schon durch Augustus vorbereitete lex. Allein abgesehen davon, dass dadurch kaum Eines der gegen die bisherige Datirung des Gesetzes erhobenen Bedenken gänzlich beseitigt würde, ist diese Ansicht wohl blosse, durch Nichts beglaubigte Hypothese.

Und so gibt es denn gewiss (falls das Gesetz nicht ein tribunicisches ist), nur Ein Auskunftsmittel, dasjenige eben, welches Mommsen an der angeführten Stelle angibt, indem er nicht nur die bisherige Datirung, sondern auch „die gangbare Benennung" des junischen Gesetzes beseitigt:

Das Gesetz heisst gar nicht lex Iunia Norbana, sondern nur lex Iunia.

Abgesehen davon, dass die unter das Gesetz Fallenden niemals anders als Latini Iuniani genannt werden, wird auch das Gesetz selbst in allen Stellen der klassischen Zeit, ganz übereinstimmend bei Gaius, Ulpian, Dositheus, ja auch in Iustinians Institutionen (3, 7, 4) selbst, einfach lex Iunia geheissen.

Nun weiss ich wohl, dass auch die lex Papia Poppaea bisweilen nur lex Papia genannt wird (Ulp. 16, 1, Inst. 3, 7, 2 und 3)[1]; aber dass unser Gesetz bei den Classikern gar nie beide Namen trägt, bleibt doch immerhin im höchsten Grade auffallend. Ich habe einen Augenblick geglaubt, dass auch der Singular in Gai. III, 56: legis Iuniae lator cum intelligeret futurum ut ... necessarium existimavit ... dafür spreche, dass nicht beide Consuln das Gesetz rogirt haben. Das Argument wird jedoch hinfällig durch die Wahrnehmung, dass Gaius III, 75 und 76 auch von dem legis lator der lex Aelia Sentia spricht.

Iustinian sagt in s. Inst. 1, 5, 3, er habe auf Antrag Tribonian's eine Constitution erlassen, durch welche Latinos Iunianos et omnem quae circa eos fuerit observantiam correximus. Wenn irgendwo, so müssen wir wohl in dieser, das alte Recht so gründlich reformirenden Constitution den richtigen vollen Titel des aufgehobenen Gesetzes erwarten. Diese Constitution ist uns erhalten als l. un. Cod. de latina libertate tollenda 7, 6. Aber auch hier erscheint in § 1 a das Gesetz lediglich als lex Iunia.

Wenn ich alle diese Umstände zusammenhalte, so, scheint mir, sollte die Ansicht, dass das Gesetz nur lex Iunia heisse, auch bei denen Beachtung finden, die nicht zugeben, dass es der lex Aelia Sentia vorangegangen sei.

Aber freilich bleibt die Schwierigkeit übrig, zu erklären, wie denn die Bezeichnung Iunia Norbana in die betreffende Institutionenstelle hineingekommen ist. An eine Beseitigung des zweiten Namens durch Verbesserung des überlieferten Textes ist, da auch Theophilus das Gesetz mit zwei Namen

---

[1]) Cantarelli l. c. p. 18 macht ferner darauf aufmerksam, dass auch die lex Iunia Velleia (nach Mommsen richtiger Weise Vellaea) von Ulp. 22, 19 lex Iunia, von Scaevola in l. 29 Dig. de lib. et post. 28, 2 immer nur lex Velleia genannt wird.

belegt, nicht zu denken. Es kann sich also nur um einen Fehler handeln, den die von Iustinian für Abfassung des Lehrbuches niedergesetzte Dreierkommission selbst gemacht hätte.

Man möchte vielleicht vermuthen, dass sie zwei Gesetze für eines genommen habe; aber von einer lex Norbana ist nirgends die Rede, und doch hätte gerade die so eben besprochene Constitution Cod. Iust. 7, 6 die dringendste Veranlassung gehabt, sie zu erwähnen, wenn sie wirklich existirt hätte. Ich kann also diese Hülfe nicht acceptiren und muss das Dunkel unaufgehellt lassen. Möglich, dass das S. C. Largianum (in der Kaiserzeit wohl etwa als lex zu bezeichnen), welches mit der lex Iunia in Verbindung stand (Inst. 3, 7, 4; Cod. Iust. 7, 6, 1 a) zu einem Irrthume Veranlassung gab; möglich auch, dass die Commission durch die Bezeichnungen der verwandten Gesetze Aelia Sentia, Fufia Caninia, Papia Poppaea verführt, auch hier einen zweiten Namen suchte, den sie neben Iunia nur in Norbana finden konnte. Und das würde um so leichter zu erklären sein, wenn, wie ich glaube im Folgenden darthun zu können, das Gesetz unter Augustus und zwar ungefähr in die gleiche Zeit wie jene Gesetze zu verlegen ist.

Es darf hiebei wohl auch in Betracht gezogen werden, dass der Name Norbana nicht feststeht[1]. —

Schliesslich aber muss ich doch sagen: Eine auch von Fachmännern ausgehende Nachricht über einen um mehr als ein halbes Jahrtausend weiter zurück liegenden Vorgang, welche sich auf Quellen stützt, die theils gänzlich unbekannt sind, theils, soweit wir sie kennen, durchweg derselben widersprechen, kann doch nicht über jede Anfechtung erhaben sein. —

Nun aber frägt es sich, wann denn diese lex Iunia erlassen worden sei. Mommsen sagt an der angeführten Stelle, sie sei den zahlreichen, dem Jahre nach unbestimmten Gesetzen aus der letzten Zeit der Republik zuzugesellen. Und zwar

---

[1]) Man möchte versucht sein, das *ἀπὸ νόμου Ιουνίου Οὐρβανοῦ* des Theophilus zu übersetzen ex lege urbana quae dicitur Iunia, und das Gesetz damit in Gegensatz bringen zu den leges colonicae latinischer Colonien, welche wohl auch von Latini handelten, die durch Manumission ihrer (latinischen) Herren die Latinität erhalten hatten; aber ich muss gestehen, dass es an irgend welchen näheren Anhaltspunkten für diese Annahme fehlt.

muss, wenn die dort über die lex Visellia gegebenen Ausführungen, welche Rudorff in seiner Rechtsgesch., Bd. 2, p. 389 unbedingt adoptirt, richtig sind, das Gesetz vor das Jahr 683 a. u. fallen. Denn Mommsen nimmt an, dass die in einer Inschrift von 682 od. 683 erscheinende lex Visellia (vgl. Ritschl, in leges Viselliam etc. in den opuscula phil., Bd. IV, p. 429) identisch sei mit derjenigen, in welcher die Latini Iuniani erwähnt werden (Ulp. 3, 5), und die gewöhnlich in's Jahr 24 p. Chr. verlegt wird [1]) (vgl. Mommsen in C. I. L. I. p. 172 und zu No. 1265, ferner zu C. I. L. II. No. 1944, u. röm. Staatsr. Bd. II², p. 650).

Ja nach der letzten dieser Stellen, in welcher als Anwendung der cura viarum auf Grund der lex Visellia die Uebertragung der Abnahme eines Baues vom Jahre 639 angeführt wird, müsste die lex Iunia bei Annahme jener Identität sogar schon vor dieses Jahr hinaufgerückt werden.

Allein schon Ritschl l. c. ist in der Frage unentschieden, und Mommsen selbst ist über die Identität der in den beiden Stellen erwähnten lex Visellia schwankend geworden, indem er im Texte den Ausdruck „eines weiter nicht bekannten visellischen Gesetzes" braucht und in Anm. 1 von den Notizen „über das oder die visellischen Gesetze" spricht. Und schon in den Röm. Forsch., Bd. I, p. 364 sagt er von den formlos Freigelassenen: „Deren und deren Descendenz Zurückforderung aus factischer Freiheit in die rechtliche Sklaverei bestand in unbestrittener Rechtskraft noch bis an das Ende der ciceronianischen Zeit. Erst das junische Gesetz hat kurz vor oder unter Augustus das geändert" [2]). Ist dies richtig, so muss

[1]) S. z. B. Rudorff, Rchtsg. I, p. 65, Kuntze, Cursus p. 238. — [2]) Er fährt hier fort: „Aber auch das Rechtsverhältniss dieser Latiner ist nicht mehr Knechtschaft, aber doch noch nicht Freiheit", offenbar in Anlehnung an die Ausführungen von Vangerow, Lat. Iun. § 16, wonach der Latinus Iunianus fortwährend im quiritarischen Eigenthume desjenigen geblieben sein soll, der ihn freiliess. So geistreich auch Vangerow die Analogie zwischen dem Latinus Iunianus und dem bloss in quiritarischem Eigenthum stehenden Sachen durchgeführt hat, so kann ich sie doch nicht annehmen; mir scheint ein solches Eigenthum an einem Latinus irgend welcher Art ganz undenkbar. Die iteratio manumissionis und Stellen wie Plin. ep. 10, 105, Gai. II § 195 lassen sich auch ohne ein solches Eigenthum sehr wohl erklären, jene durch die Betrachtung, dass es doch ein Mittel geben musste, eine (beim

es verschiedene leges Viselliae gegeben haben, eine die vor die lex Iunia fällt, die in den erwähnten Inschriften angeführt wird, und eine, die nach der lex Iunia erlassen wurde, auf die Ulpian sich bezieht. Und dass es wirklich verschiedene leges Viselliae gab, das ist auch noch aus anderen Gründen anzunehmen.

1. Ulp. 3, 5 sagt: militia ius quiritium accipit Latinus, si inter vigiles Romae sex annos militavit ex lege Visellia.

Schon Mommsen hat es befremdet, diese vigiles, wie er glaubt, schon im Jahre 683 zu treffen; er hält aber ihr Erscheinen vor der Kaiserzeit für durch Paul. de off. praef. vig. l. 1 l. 3 pr. Dig. de off. praef. vig. 1, 15 angedeutet:

---

jungen Sklaven nothwendigerweise) mangelhafte Form nachträglich zu verbessern, da ja sonst derjenige servus, den man schon jetzt begünstigen wollte, schlimmer daran gewesen wäre als die anderen, und die Stelle bei Gaius durch den Umstand, dass ja auch der Latinus Iunianus wie ein servus beerbt wird. Wahrscheinlich ist das hier erwähnte Vindicationslegat zu einer Zeit errichtet worden, wo der Latinus noch servus des Testators war; sonst hätte wohl eine andere Form, etwa eine Assignatio, gewählt werden müssen. Die Annahme Göschen's, dass hier nur an das Vermögen des Latinus gedacht sei, hat Vangerow beseitigt. Die Stellen Ulp. XI. § 19 und Tac. ann. 13. 26 scheinen mir keineswegs für Vangerow Beweis zu bilden. Ueberhaupt aber spricht wohl gegen Vangerow der Umstand, dass ein bonitarischer Zustand sonst immer durch das Edikt, nicht durch das Gesetz herbeigeführt wird. Die Bezeichnung dieser Latini als unfreier Leute (v. u. p. 249 A. 2) rührt erst aus späterer Zeit her. Demgemäss kann ich Vangerow auch darin nicht zustimmen, dass er p. 150 behauptet, bei dem unter 30 Jahren alten feierlich Freigelassenen sei die Iteration nicht möglich gewesen. Die Quellen schliessen diese nirgends aus. Dositheus § 16, worauf sich Vangerow stützt, beweist nicht für ihn, weil er zu viel beweist. Die Stelle lautet:

> Is qui manumittitur inter amicos, quotcunque sit annorum, Latinus fit, et solum ei hoc prodest libertas, ut postea iterum possit ex vindicta vel testamento manumitti et civis R. fieri.

Vangerow verbindet solum ei, im Gegensatz zu „dem, welcher solenn manumittirt, doch nur Latine wird"; aber die Stelle spricht ja nicht nur von diesem minor, sondern von Jedem, quotcunque sit annorum, und beim maior ist ja nach Vangerow selbst, p. 150, der Satz nicht richtig. Ich glaube also vielmehr mit Göschen, solum gehört zu hoc, und der Gedanke ist wohl der: er erwirkt doch Nichts dauernd für sich selbst. Auch im griechischen Text *καὶ μόνον αὐτῷ τούτῳ προχωρεῖ ἐλευθερία* scheint mir *μόνον* zu *τούτῳ* gezogen werden zu können. Frei sind m. E. die Latini Iuniani allerdings durchaus, aber nicht cives.

Apud vetustiores incendiis arcendis triumviri praeerant, qui ab eo quod excubias agebant nocturni dicti sunt. Interveniebant nonnumquam et aediles et tribuni plebis. Erat autem familia publica circa portam et muros disposita, unde si opus esset evocabatur. Fuerant et privatae familiae quae incendia vel mercede vel gratia extinguerent. Deinde divus Aug. maluit per se huic rei consuli (l. 2 Einschiebsel aus Ulpians Handbüchlein für die nämliche Polizeiofficiersstelle) nam salutem reip. tueri nulli magis credidit convenire nec alium sufficere ei rei quam Caesarem. Itaque septem cohortes opportunis locis constituit etc.

Mir scheint ganz klar, dass der geordnete, mit Prämien nach Ablauf einer gewissen Reihe von Dienstjahren ausgerüstete Polizeidienst der vigiles, der als militare bezeichnet wird, sich nur auf diese Cohorten beziehen kann, von denen ja bekannt ist, dass sie ursprünglich aus Latini bestanden, und nicht auf den Dienst der servi publici, die unter Anderm auch den triumviri nocturni (unter Aufsicht der aediles curules, Dio C. 54, 2, 4; 55, 8, 26 oder der Consuln Dio C. 57, 14 a. E.) gehorchen und Wache stehen mussten, und ich kann nicht glauben, dass unter der familia publica auch Andere als servi, nämlich Latini verstanden werden können. Wenn Mommsen sagt, dass man die zu diesem Dienst verwendeten Gemeindesklaven passend „als unvollkommen Freigelassene qui domini voluntate in libertate morantur, d. h. als Latini Iuniani betrachten“ konnte, so scheint er mir dabei zu übersehen, dass die lex Iunia gerade diesem in libertate morari domini voluntate ein Ende gemacht und an dessen Stelle wirkliche Freiheit gesetzt hat.

2. Cod. Iust. quando civilis actio 9, 31 l. un. § 2 (= C. Theod. victum civiliter agere 9, 20) sagt:

Cum libertus se dicit ingenuum, tam de operis civiliter quam etiam lege Visellia criminaliter poterit perurgueri

und gleichlautend Cod. Iust. ad leges Visell. 9, 21 l. un. § 1 nur mit dem Unterschiede, dass hier der Eingang lautet „qui libertinus se dicit“ etc., also mehr im Stile einer allgemeinen Anordnung.

Es muss zur Zeit dahinstehen, ob wir hier nicht sogar

ein drittes visellisches Gesetz vor uns haben, das sich gar nicht mit den Latini beschäftigte, sondern nur mit den cives, und zwar mit dem Verhältniss zwischen ingenui und liberti. Das principium lautet:

> Impp. Diocletianus et Maximianus A A. et CC. Baccho lex Visellia libertinae condicionis homines persequitur si ea quae ingenuorum sunt circa honores et dignitates ausi fuerint attemptare vel decurionatum adripere, nisi iure aureorum anulorum impetrato a principe sustentantur;

und in § 1 in f. wird gesagt:

> in curiam autem se immiscens damno cum infamia adficitur.

Ich will nicht darauf abstellen, dass am Schlusse des principium vom princeps und vom ius anulorum die Rede ist; das gehört wahrscheinlich nicht dem Gesetze, sondern den Reskribenten an; schon zweifelhafter ist, ob das auch von dem Ausdrucke honores et dignitates gesagt werden darf, der gewiss in einem Gesetze des 7. Jh. nicht zu suchen ist. Ganz sicher aber scheint mir dem Gesetze die Verpönung des decurionatum adripere, in curiam se immiscere anzugehören; das aber mit Strafe zu bedrohen, hätte vor der lex Iulia municipalis gewiss den einzelnen Stadtrechten überlassen werden müssen. Speziell gegen das Jahr 639 darf wohl auch noch hinzugefügt werden, dass, wenn zu jener Zeit das criminaliter perurgueri bestimmt worden wäre, die Bestimmung gewiss in der sullanischen Strafrechtsreform des J. 673, speziell in der lex Cornelia de falsis und der Ordnung der diesfälligen quaestio publica untergegangen sein würde.

Ich betrachte es also als ganz sicher, dass die lex Visellia, welche nach Ulp. 3, 5 die Latini Iuniani voraussetzt, nicht das Gesetz von vor 683 oder gar vor 639 ist. Unsere lex Iunia kann auch nicht in so frühe Zeit fallen. Dass sie nicht in diese Zeit passt, bedarf kaum mehr vieler Worte, nachdem Mommsen selbst sie mindestens ganz an's Ende der Republik gerückt hat. Es mag genügen, dass die republikanischen Schriftsteller, auch Cicero, nirgends eine Spur dieser Latini Iuniani zeigen. Ja ihre Existenz wird, wenn auch nicht geradezu ausgeschlossen, so doch sehr unwahrscheinlich gemacht durch Cicero's im J. 710 geschriebene top. 2, 10:

si neque censu nec vindicta nec testamento liber factus est, non est liber; neque ulla est earum rerum: non est igitur liber[1]).

Damit ist wohl auch zugleich die Rogation des Gesetzes durch zwei Volkstribune beseitigt.

Gerade umgekehrt verhält es sich mit der Verlegung des Gesetzes in die Zeit des Augustus, in welche die lex Iunia ohne nähere Begründung schon Cujacius, paratitla ad lib. VII, 6 Cod. Iust., Venest. 1758 II p. 394 („lex Iunia Norbana Augusto auctore lata fuit") und Spanhemius, orbis R. p. 65 („post legem a Iunio Norbano sub Augusto latam") versetzen. Und zwar halte ich es für das Wahrscheinlichste, dass die lex Iunia ein von dem Consul Iunius Silanus des Jahres 729/25 rogirtes Gesetz ist.

Zwar spricht die von Du Caillaud dafür angerufene Stelle, Suet. Aug. c. 40, wonach Augustus die Freilassungen beschränkte und die servi an der Erlangung voller Civität hinderte, in Wahrheit nicht dafür; denn die lex Iunia hat die Freilassungen im Gegentheil ausgedehnt und damit indirekt auch den Erwerb des Bürgerrechtes erleichtert; die Stelle bezieht sich vielmehr, wie man bis jetzt immer angenommen hat, auf die lex Aelia Sentia und die lex Fufia Caninia (Gaius 1, 42)[2].

---

[1]) Viel beweiskräftiger würde die schon von Vangerow l. c. nach Peyron citirte Stelle Cic. pro Mil. c. 12 sein:

constituerat, ut servis qui privata dominorum voluntate manumissi in libertate morabantur, iusta libertas ac civitas R. cum suffragio in rusticis tribubus ipso iure daretur; ihre Aechtheit steht jedoch nicht fest, und es widerspricht ihr Asconius in or. pro Mil. § 87, der das von Clodius projektirte Gesetz lediglich auf das nicht zum ersten Mal versuchte Manöver, die libertini in die ländlichen Tribus zu vertheilen, bezieht (s. Cic. pro Mil. 12, 32 ed. Halm). — Auch der Ausdruck in pro Mil. 33, 89 lege nova servos nostros libertos suos fecisset muss nicht nothwendig so verstanden werden. — Nicht schlüssig ist ferner die von ihm angeführte Stelle Cic. pro Balbo c. 9; denn dort ist nur von denjenigen servi die Rede, die bene de rep. meritos publice libertate donari videmus. Dass solche auch nach der lex Iunia nicht Latini, sondern cives wurden, bedarf wohl keines Beweises.

Sehr gut zeigt Cantarelli, dass das den servi günstige Gesetz in die Zeit der Sklavenkriege nicht passt. — [2]) Dem widerspricht nicht, dass die Latinität in der Folge als eine lästige Beschränkung der

Aber Augustus ist der Organisator, der die ordines neu regulirt (so den ordo equitum; vgl. auch seine lex de maritandis ordinibus), die Rechte und Stellung der einzelnen Volksklassen in feste Normen bringt, und der auch — freilich erst 30 Jahre später für den dauernden Dienst der cohortes vigilum — eine grosse Zahl von libertini zur Verwendung haben muss[1]).

Freiheit empfunden wird (Constantin in l. 3 C. Th. ad S. C. Claudian. 4,9; Iustinian in l. un. pr. C. de Lat. lib. toll. 7, 6; Salvianus contra avaritiam 3, 7). Die ganz bedeutende Errungenschaft, welche diesen Leuten die lex Iunia brachte, ist die, dass die Kinder der Latina frei werden, ja sogar Bürger werden können, dann nämlich, wenn ihr das connubium verliehen wird (Gai. 1, 57).

[1]) Der Charakter der augusteischen Zeit stimmt ebenso gut zu diesem Gesetze, wie derjenige der nachaugusteischen zu der lex Petronia. Die Digesten sagen im Tit. ad l. Corn. de Sicar. 48, 8 l. 11 § 2:

> Post legem Petroniam et S.Cta ad eam legem pertinentia dominis potestas ablata est ad bestias depugnandas suo arbitrio servos tradere: oblato tamen iudici servo, si iusta sit domini querella, sic poenae tradetur.

Pernice, Labeo I, p. 116, nimmt gewiss mit Recht an, man werde dieses Gesetz kaum mehr unter Octavian setzen können. Er fügt in der Anmerkung 13 hinzu, die Zeitbestimmung beruhe wesentlich auf der Voraussetzung, dass Gellius 5, 14, 27 genau referire, indem er den Sklaven sagen lässt: is (dominus) me damnandum dandumque ad bestias curavit, und es möge der Umstand, dass Petron. sat. 45 zur Zeit Nero's von einem Sklaven, den sein Herr im Ehebruche mit der Herrin traf und ad bestias dedit, mit den oben erwähnten S. Cten zusammenhangen.

Die angeführte Stelle des Gellius reproducirt einen Bericht des Apion Plistonices, worin dieser die bekannte Geschichte des Sklaven Androclus mit der Versicherung erzählt, dass er den im Circus zu Rom geschehenen Vorfall mit dem Löwen selbst gesehen habe. Apion reiste nach Seneca, ep. 88, 40, unter Caligula declamirend in Griechenland herum, lebte auch zeitweise in Rom, und Plinius Secundus hat als junger Mensch ihn noch gesehen (Plin. nat. hist. 30, 2, 6; 37, 5, 19). Die Zeit passt also vollständig zu der Versetzung der lex Petronia in die Julische nachaugusteische Periode.

Kuntze, Curs. des röm. Rechts p. 211 der ersten Aufl., verlegt (ohne Begründung) das Gesetz in das Jahr 772/19 p. Ch., wohl weil in diesem Jahre ein Consul Suffectus P. Petron. P. f. erscheint (s. Klein, fasti); pag. 219 spricht er aber von einer lex Petronia, welche zum Schutze der Sklaven gegen ihre grausamen Herrn unter Nero im J. 61 erlassen worden sei. Er nimmt also zwei verschiedene leges Petroniae an.

Nachtrag.

Die französische Académie des inscriptions et belles lettres berichtet in ihren Comptes rendus des séances de l'année 1883 Tome IX p. 431, dass Hr. Romanet du Caillaud in einer ihrer Sitzungen eine neue Arbeit über die Latini Iuniani vorgetragen habe, und gibt einen kurzen Bericht über den Inhalt dieses Vortrages. Es möge gestattet sein, hier noch mit einigen Worten darauf einzutreten, nicht soweit der Vortrag gegen Cantarelli und die Versetzung der lex Iunia in's Jahr 19 p. Chr. gerichtet ist, denn darin gehe ich im Resultate mit dem Vortragenden einig, aber soweit der Vortrag neue Argumente in's Feld führt.

Rudorff, Rechtsgesch. I, p. 63 bemerkt zur lex Petronia: „zweifelhaft, ob schon unter Augustus oder erst vom Consul C. Petronius Turpilianus 814/61 gegeben".

Nun sagt Dig. de manumiss. 40, 1 l. 24 pr. Hermogenianus l. I epitomar: Lege Iunia Petronia, si dissonantes pares iudicum existant sententiae, pro libertate pronuntiari iussum, und es frägt sich, ob der späte Hermogenian den vollen Namen des Gesetzes bewahrt habe, welches auch die l. 11 § 2 cit. anführt.

Rudorff l. c. p. 64 sagt, es müsse das dahingestellt bleiben. Pernice macht mich nun aber darauf aufmerksam, dass in der That im J. 19 p. Ch. Iunius neben dem cos. suff. Petronius gemäss Klein's Fasten das ganze Jahr hindurch Consul war, und vermuthet danach die Identität der beiden Gesetze. Die beiden oben angeführten Gesetzesbestimmungen haben nun wohl eine gewisse Aehnlichkeit; aber sie liegen doch immerhin noch weit auseinander:

l. 11 § 2 ist eine Begünstigung solcher Sklaven, deren Status zweifellos ist; sie besteht, wie Rudorff betont, nicht etwa in einer richterlichen Freierklärung; l. 24 pr. dagegen enthält eine Vorschrift für das liberale iudicium, die ja eigentlich gar nicht den wirklichen Sklaven, sondern Leuten, die eher Freie sind, zu Gute kommen soll. Es ist also doch leicht möglich, dass in der That von zwei verschiedenen Gesetzen hier die Rede ist, von denen das eine beide Consuln, das andere nur Petronius zum Rogator hatte. Freilich muss hinwieder bezweifelt werden, dass bei den um diese Zeit jedenfalls schon spärlicher gewordenen Comitien verschiedene Gesetze, das eine von beiden, das andere nur von einem der Consuln rogirt, neben oder bald nacheinander vor das Volk gebracht worden seien. Und so dürfte schliesslich die Vermuthung Pernice's doch die Wahrscheinlichkeit für sich haben.

Zunächst beschäftigt er sich mit der Stelle Ulp. fr. 1, 12. Er sagt, dass dieselbe in Widerspruch stehe mit andern (die nicht genannt werden), und bemerkt zu den Worten

> testamento vero manumissum perinde haberi iubet, atque si domini voluntate in libertate esset, ideoque Latinus fit

„in libertate esse“ est un terme de la procédure „causa liberalis“; es heisse also hier dieser Ausdruck so viel wie „qui attend le jugement“. Zu diesen Worten bin ich doch in der That versucht ein (!) zu machen. Weil, wie bekannt ist, während der Dauer des liberale iudicium der angebliche servus provisorisch in libertate est, so soll nun in libertate est überall bedeuten: es wird über seine Freiheit processirt[1])! Ja gerade hier passt diese Deutung ganz und gar nicht; denn wenn nicht durch Verfügung des Prätors sondern domini voluntate der servus in Freiheit sein soll, so hat dieser gar kein Urtheil zu erwarten, sondern er wird vielmehr sofort durch den (Schein)prozess, vindicta, manumittirt. Und wie wollte man dann erklären, dass er ideo, deswegen, Latinus werde? R. wird doch nicht behaupten wollen, dass während des liberale iudicium der angebliche servus als Latinus gelte.

Nicht besser steht es mit dem Satze:

> „L'affranchi latin n'ayant pas la liberté parfaite (Tac. ann. 13, 27) peut être considéré comme attendant le jugement de la causa liberalis, dont l'affranchissement vindicta est la forme gracieuse“.

Das römische Recht kennt keine halbe Freiheit:

Der Latinus Iunianus ist vollkommen frei wie jeder Latinus, aber er ist nicht civis; er kann also nicht mehr freigelassen werden und also auch die Freilassung vindicta nicht erwarten. Die iteratio, die allerdings ausnahmsweise zugelassen wurde, ist, wie schon ihr Name sagt, nicht etwa der Schlussakt einer begonnenen Procedur, sondern die Correctur einer schon vollendeten. Die Stelle bei Tacitus:

> Quos vindicta patronus non liberaverit, velut vinclo servitutis attineri

aus einer im Jahre 56 p. Ch. gehaltenen Senatsrede kann gewiss mit Nipperdey nur darauf bezogen werden, dass die Latini Iuniani weder erben noch beerbt werden konnten, dass ihr Vermögen vielmehr mit ihrem Tode an ihre früheren Herren fiel. Dass sie in Wirklichkeit nicht mehr servi sind, zeigt das velut.

Was soll man ferner zu dem Argumente sagen, dass im Jahre 19 p. Ch. speziell ein Volksgesetz nicht anzunehmen sei,

---

[1]) Wie in libertate est so bedeutet auch der Ausdruck in libertate moratur eben einfach den faktischen Zustand der Freiheit, s. l. 38 pr. Dig. de A. v. A. P., wie auch in bonis est, in possessione est an sich nur das faktische Verhältniss bezeichnet.



weil bei der Unzufriedenheit des Volkes über den Tod des Germanicus eine Versammlung desselben nicht habe riskirt werden dürfen — während ja bekanntlich Germanicus erst am 10. Oct. d. J. in Antiochia gestorben ist![1])

Ueber die lex Visellia sagt Romanet, sie sei bisher stets in's Jahr 24 p. Ch. versetzt worden; es sei aber wahrscheinlicher, dass sie dem Jahre 12 p. Ch. angehöre, in welchem sich die coss. suffecti C. Visellius Varro und C. Fontejus Capito finden. Dieses Consulat eines Viselliers ist richtig; es ist wie um diese Zeit meistens das Consulat der suffecti mit dem 1. Juli angetreten worden, die lex müsste dann also in die zweite Hälfte des Jahres fallen. Im Uebrigen kann mit Bezug auf die Visellischen Gesetze auf die vorstehende Abhandlung verwiesen werden.

Am interessantesten aber ist der Schluss des Vortrages. Romanet hat, wie oben ausgeführt, die Ansicht ausgesprochen, die lex Iunia Norbana sei im Jahre 729 (richtiger Zählung) unter dem Cos. Iunius erlassen, und im Jahre 730 unter dem Cos. Norbanus revidirt worden. Er frägt nun: Warum diese Revision? und antwortet:

Paulus sagt uns in l. 14 § 1 Dig. de manumiss. 40, 1

> Imperator cum servum manumittit, non vindictam imponit, sed cum voluit, fit liber is qui manumittitur ex lege Augusti.

Der Grund dieser Bestimmung ist angegeben in l. 31 Dig. de legib. 1, 3:

> princeps legibus solutus est.

Dieses legibus solvere geschah aber erst im Jahre 730. Dio C. 53, 28: *πάσης αὐτὸν τῆς τῶν νόμων ἀνάγκης ἀπήλλαξαν, ἵν' ὥσπερ εἴρηταί μοι, καὶ αὐτοτελὴς ὄντως καὶ αὐτοκράτωρ καὶ ἑαυτοῦ καὶ τῶν νόμων, πάντα τε ὅσα βούλοιτο ποιοίη, καὶ πάνθ' ὅσα ἂν μὴ βούλοιτο, μὴ πράττῃ.*

Es musste also die schon im Jahre vorher erlassene lex Iunia hiemit in Harmonie gebracht werden — darum die Ergänzung unter dem Cos. Norbanus.

Allein dieser Schluss ist durchaus nicht zwingend.

Wenn man den princeps von allem Zwang der Gesetze entband, so war es gar nicht nothwendig, das nun auch bei jedem einzelnen Gesetze noch anzumerken, es verstand sich bei jedem einzelnen von selbst. In Wirklichkeit aber hat eine so allgemeine Lösung des princeps von den Gesetzen im Jahre 730, wie ich glaube, auch gar nicht stattgefunden. Es ist längst darauf aufmerksam gemacht worden, dass die l. 31 cit. einem Commentar Ulpians ad legem Iuliam et Papiam enthoben ist; man sagt, dass sich die Bestimmung also wohl nur auf diese beiden Gesetze beziehe, worauf auch der Fortgang der Stelle hinweise, indem gesagt wird,

---

[1]) Vgl. Mommsen in Hermes Bd. XIII, p. 246.

dass die principes auch der Augusta eadem privilegia tribuunt quae ipsi habent. Ich vermöchte diese Ansicht indessen nicht zu theilen. Es erscheint mir der Satz vom princeps legibus solutus vielmehr als ein zu Ulpians und Paulus' Zeit allgemein angenommener Rechtssatz. So steht er in l. 31 cit. an der Spitze, es heisst nicht princeps his legibus solutus est; so gebraucht ihn aber auch ganz deutlich, in ganz anderem Zusammenhang, Paulus lib. 5 sententiarum nach l. 23 Dig. de leg. III:

> Ex imperfecto testamento legata vel fideicommissa Imperatorem vindicare, inverecundum est, decet enim tantae maiestati, eas servare leges, quibus ipse solutus esse videtur.

Wir werden uns in der Erkenntniss dieser Annahme nicht mit Gothofredus durch die const. 4 de legib. 1, 14 beirren lassen, denn die letztere Stelle rührt erst von Theodosius und Valentinian her; noch auch werden wir mit ihm darauf abstellen, dass es heisst solutus esse videtur und nicht solutus est. Eben so wenig werden wir mit Cujacius 26 obser. 35 den Satz nur auf die Strafgesetze beschränken, denn die l. 31 cit. enthält nichts von einer solchen Restriction, und auf die l. 23 cit. passt dieselbe gar nicht.

Aber das scheint mir klar, dass in den drei an die Spitze der l. 31 gestellten Worten keineswegs der Inhalt eines Volksgesetzes, Senatusconsults oder einer constitutio principis wiedergegeben ist, sondern vielmehr der Ausdruck der allgemeinen Rechtsüberzeugung, ein gewohnheitsrechtlicher Satz, der sich sehr leicht bilden konnte auf Grundlage der Wahrnehmung, dass durch constitutio principis eben alle Gesetze abgeändert werden konnten. Der (mit dem Philosophen Hartmann zu sprechen) unbewusste Ausdruck der allgemeinen Ueberzeugung im Gewohnheitsrecht wird leicht bei der Fassung in Worte zu sehr generalisirt; das ist auch hier der Fall. Gewiss ist richtig, dass in Wirklichkeit der princeps nicht ausser allen Gesetzen stand, und wir haben ja in den Privilegien desselben zahlreiche exceptiones quae firmant regulam, Beweise für das Gegentheil; allein eben so wahr ist, dass es nur in seinem Belieben stand, sich und Andere von den bestehenden Gesetzen zu lösen, und es war nur ein prägnanter Ausdruck hiefür, wenn später, in einer Zeit als von Volksgesetzen oder gesetzgeberischen Senatsconsulten eigener Initiative des Senates längst keine Rede mehr war, gesagt wurde Omnia iura in scrinio pectoris principis.

Vollends aber ist gewiss bei der von Dio Cassius l. c. erwähnten Gelegenheit keine Rede von einem Gesetze, das den princeps allgemein von den Gesetzen entbunden hätte. Dio C. erzählt, dass Augustus, welcher aus Spanien und Gallien zurückkehrte, langsam gegen die Stadt zog und dabei eine Proclamation vorausschickte, welche jedem Bürger (wohl zur Feier seiner Wahl

zum 10ten Consulat) 100 Drachmen versprach, dabei aber befahl, diese Proclamation erst dann zu veröffentlichen, wenn der Senat zugestimmt habe *πρὶν ἂν καὶ ἐκείνῃ* (sc. *τῇ βουλῇ*) *συνδόξῃ*. Darauf hin führt die Stelle so fort wie oben angegeben. Es scheint mir danach klar, dass als Subject des folgenden *ἀπήλλαξαν* die Senatoren zu denken sind, wie ja ein solcher Wechsel vom Singular (der Senat) zum Plural (die Senatoren) gar nicht unerhört ist. Wir haben also lediglich eine von dem servilen Senate — noch in Abwesenheit des princeps, wie der Fortgang der Stelle sagt — gegebene Versicherung, dass eine so zarte Rücksicht auf seine Meinung gar nicht nöthig gewesen wäre, der princeps vielmehr von sich aus Alles thun und lassen könne, was ihm beliebe, und es handelt sich gewiss nicht um ein Volksgesetz von so grosser Bedeutung, dem zu liebe bereits erlassene Gesetze wieder hätten abgeändert werden müssen. Ja es ist sogar wahrscheinlich, dass das S.C. auch nicht einmal so weit gegangen ist. Der Umstand, dass Dio C. den Worten *ἵνα καὶ αὐτοτελὴς* etc. ausdrücklich voranschickt *ὥσπερ εἴρηταί μοι* scheint darauf hinzudeuten, dass er die folgende, dem princeps prinzipiell die Macht der Willkür verleihende Begründung keineswegs etwa in den acta senatus gefunden hat; und so verdankt möglicher Weise auch diese Begründung ihr Dasein nur den Anschauungen des beginnenden 3. Jh. über die Macht des princeps, welche auf möglichst alte Autorität zurückgeführt werden sollen.

Was es aber für eine Bewandtniss mit der von Paulus in l. 14 § 1 cit. angeführten lex Augusti hat, das können wir m. E. nicht sagen. Wenn Paulus nicht nur, etwa aus dem Gedächtniss citirend, sagen will ex lege aliqua Augusti, sondern ein bestimmtes Gesetz im Auge hat, so wird das wohl weder eine lex Iunia noch eine lex Norbana, sondern eben eine lex Iulia sein; und es lässt sich ja auch sehr wohl denken, dass dem princeps für die beim Antritt des Consulats allgemein üblichen Manumissionen oder für Freilassungen bei Beginn der neuen Aera, des goldenen Zeitalters, der lebenslänglichen tribunicia potestas am 26. od. 27. Juni 731 die legis actio vor dem praetor erlassen, und dann ein allgemeiner Brauch für den princeps daraus wurde. Aber ergehen wir uns nicht in Hypothesen: so viel scheint mir klar, dass für die lex Iunia nichts aus der Stelle zu gewinnen ist.

Da der Vortrag Romanets unter so hoher Autorität publicirt worden ist und seine Ansichten den Beifall der Academie gefunden zu haben scheinen, hielt ich es für wünschbar, dass die grossen Bedenken, denen diese gegenüber stehen und, wie ich glaube, unterliegen müssen, so schnell als möglich offenbar gemacht werden.

Zürich, Juni 1884.

Prof. Schneider.



IX.

Ueber die Vaticanische Glosse des Brachylogus.

Von

Herrn Geheimrat Professor Dr. **Fitting**
in Halle.

In meiner Schrift „Ueber die Heimat und das Alter des Brachylogus" (Berlin und Leipzig. 1880) habe ich behauptet, dass dieses Buch jedenfalls in oder bei Orléans als Lehrbuch gebraucht und glossirt worden sei. Hieraus und aus anderen hinzutretenden Gründen wurde dann weiter gefolgert, dass es selbst aus Frankreich (nicht, wie ich selbst früher angenommen, aus Italien) stamme und wahrscheinlich auch in Orléans verfasst sei. Jene Behauptung glaubte ich aber (S. 16) mit voller Sicherheit darauf stützen zu können, dass in der Vaticanischen Handschrift des Brachylogus (Cod. Vat. Reg. 441 f. 25a — 44a), und zwar f. 35b v. 19, zu Brach. III, 20 § 4 verb.: „si equum mihi usque ad certum locum commodatum longius duxero" als Interlinearglossen über „certum locum" die Worte „ut carnotum", über „longius duxero" die Worte: „usque normanniam" stehen. Ich hatte dazu (Anm. 25) bemerkt:

> In der Schrader'schen Abschrift steht „carnetum"; allein die Handschrift hat nach der auf sorgfältige Prüfung der Stelle gestützten Mittheilung des Herrn Dr. Wenck zweifellos „carnotum".

Gleichwohl hat Salvioli in Band IV, 2 Romanist. Abth. S. 227 dieser Zeitschrift die Lesart carnotum für „sehr zweifelhaft" erklärt. Die Abschrift der Tübinger Bibliothek lese carnetum[1]), und „seines Erachtens lasse sich eben so gut

[1]) Man kann dort übrigens eben so gut carretum lesen, denn das Wort ist undeutlich geschrieben. Die Abschrift ist aber doch hier ganz gleichgültig.

cornetum (Stadt bei Rom) lesen". „Die Bezeichnung normannia", fährt er fort, „finde sich schon seit dem 9. Jahrhundert; immerhin könnte man sie auf Süditalien und Sicilien beziehen."

Verstehe ich recht, so will also Salvioli darauf hinaus, die Glosse stamme aus Rom, und als Beispiel unberechtigten Weitermitnehmens sei der Fall gesetzt, dass ein von Rom bis nach Corneto geliehenes Pferd nach Süditalien oder Sicilien mitgenommen werde, zu welchem Ende aber, wie ein Blick auf die Karte lehrt, der Entleiher in Corneto (nordwestlich von Rom) einfach wieder hätte umkehren und über Rom zurück nach dem Süden hätte reiten müssen! Die Annahme, dass ein Rechtslehrer in Rom zur Veranschaulichung des „equum longius ducere" ein solches Beispiel gewählt hätte, scheint mir noch unmöglicher als die Deutung von Normannia auf Süditalien und Sicilien. Man würde daher, selbst wenn die Handschrift Cornetum hätte, zur Herstellung eines verständigen Sinns Carnotum lesen müssen.

Weil nun zudem Salvioli nicht unbefangen in der Sache ist, da ihm sichtlich viel daran liegt, den Brachylogus für Italien zu retten, während Herr Dr. Wenck auf meine Bitte die angegebene Stelle mit vollster Unbefangenheit und ohne zu wissen, weshalb es auf die Ermittelung des richtigen Textes ankomme, genau geprüft und mir dieselbe sogar mit Hervorhebung eines Fehlers (fraud*e*ndi anstatt fraud*a*ndi) aus der Handschrift abgeschrieben hatte mit dem Beifügen:

> „Das *o* von Carnotum ist, verglichen mit anderen o's und e's, ganz zweifellos":

so hätte ich eine nochmalige Untersuchung des Textes der Handschrift und überhaupt eine nochmalige Aeusserung über den Punkt meinerseits nicht für nöthig gehalten, wenn jetzt nicht Conrat in seinem Buche über die Epitome Exactis regibus S. CCLXXXI. die textkritischen Bedenken Salvioli's als „durchaus begründet" bezeichnete. In dem Munde eines Schriftstellers, der mit solchem Apparate auftritt, muss dies den Eindruck machen, als ob es auf eigener Ansicht der Handschrift beruhe.

Dem gegenüber glaubte ich es denn doch der Sache sowie Herrn Dr. Wenck schuldig zu sein, den Thatbestand

durch neues Zurückgehen auf die Quelle vollkommen fest zu stellen. Ich benutzte daher die günstige Gelegenheit, Herrn Dr. Dümmler von hier, welcher diesen Winter ohnehin mit handschriftlichen Studien in der Vaticanischen Bibliothek beschäftigt ist, um genaueste Ansicht der Stelle und bestimmte Entscheidung der Frage, ob dort „ut c*a*rn*e*tum" oder „ut c*o*rn*e*tum" oder endlich „ut c*a*rn*o*tum" stehe, zu bitten. Den Zweck dieser Bitte habe ich, um seine Unbefangenheit nicht zu stören, auch ihm nicht mitgetheilt.

Herr Dümmler schreibt mir nun unter dem 4. Februar 1884 in voller Uebereinstimmung mit Herrn Dr. Wenk:

> „Ich kann *mit Bestimmtheit versichern*, dass c*a*rn*o*tum dasteht."

Er fügt ausserdem ein Facsimile bei, wonach ich schlechterdings nicht begreife, wie jemand hier etwas anderes als „ut carnotum" lesen kann. Schrader's falsche Abschrift beruht also nicht auf einem Verlesen, sondern lediglich auf einem Verschreiben.

Damit darf dieser Punkt wohl als ein für allemal erledigt gelten, und man wird sich sonach wohl oder übel darein finden müssen, dass die hier zur Frage stehende Glosse eben doch nicht in Italien, sondern in Frankreich, und zwar in oder bei Orléans, entstanden ist.

Auch Salvioli's sonstige Bedenken, auf welche Conrat das Epitheton „durchaus begründet" mit ausdehnt, wiegen nicht allzu schwer. Denn *erstens* kann seine Hindeutung auf die Interlinearglosse: „id est Rome ex alio contractu conveniri" über „hoc tamen ex privilegio" etc. in Brach. IV, 8 § 2 für die Herkunft dieser Glosse um deswillen gar nichts beweisen, weil sie nur das „hoc" (nicht, wie Salvioli meint, das „privilegio") durch Zurückverweisung auf den vorhergehenden Text des Brachylogus selbst: „item Romae omnes conveniri possunt, quocunque loco sit contractum" erklären will. *Zweitens* gestattet die Glosse „romani" über „populi" in Brach. III, 2 § 3: „de rebus ad perpetuum usum populi destinatis" in einer das römische Recht behandelnden Schrift einer Zeit, welche mindestens theoretisch das römische Reich als gleichbedeutend mit der ganzen Christenheit auffasste, auf den Ort

der Abfassung ebenfalls keinen Schluss.[1]) Drittens endlich wäre die Glosse zu „sub condicione" in Brach. II, 13 § 13: „veluti si ita datum sit: si rex venerit in Italiam" für die Abfassung in Italien nur dann beweisend, wenn venire im Lateinischen eine eben so enge Bedeutung hätte wie das französische venir. Dies ist aber, wie jedes Lexikon zeigt, nicht der Fall, so wenig wie bei dem deutschen „kommen", und wie (nach dem Wörterbuch) auch bei dem italienischen venire, welches gleichfalls im Sinn von andare, trasferirsi gebraucht wird.

Wenn ferner Salvioli dem, wie mir scheint, für die französische Heimat des Brachylogus doch recht gewichtigen Argument aus starker und auffallender Berücksichtigung des Breviars die Berufung auf zwei Abhandlungen von Schupfer über die lex Utinensis entgegenhält, worin ausgeführt sei, dass das Breviar, „was die lex Utinensis vielfach benutzt",[2]) in Italien bekannt gewesen: so kann hier doch, abgesehen

---

[1]) Zum Ueberflusse will ich auf folgendes Stück einer Urkunde über eine im J. 1077 in Poitou geschehene Freilassung verweisen (aus Besly hist. des comtes de Poictou p. 371 mitgetheilt bei Schäffner, Geschichte der Rechtsverfassung Frankreichs III. S. 2 Note 1): „Hoc uetera iura et lex Romanorum auctoritate exposcit (i. e. Lex Rom. Visigoth. Lib. Gaii tit. I.), ut inter omnia libertinorum corpora romani ciues habeant meliorem statum, qui condere testamentum possint et heredes relinquere et qui manumittendi in ecclesia sancta uoluntatem (?) habuerint, in tantum, ut si seruos suos absoluere uoluerint a uinculis seruitutis, agnoscant eos libertate suscepta romanos esse ciues." Ferner finde ich bei Du Cange, dass in der am Anfange des 12. Jahrh. (vor 1135) verfassten Vita S. Canuti († 1086), Act. Sanct. tom. III. Iulii p. 132 nr. 27, die Franzosen sogar vorzugsweise und im Gegensatze zu den Italienern als Romani bezeichnet werden („Italicis vero terminis incognitus non erat, et ipsis Francigenis, qui et Romani dicuntur, — — metuendus insonabat"). S. auch ibid. nr. 28, 29, 31 („Romani seu Francigenae"). Entsprechend heisst im Mittelalter das Französische die „Romana lingua" im Gegensatze zum Latein als der „lingua Latina", womit der Name „Roman" für die bekannte Gattung von Erzählungen zusammenhängt. S. Du Cange s. vv. Romani — Romanus. Dem allem gegenüber lässt sich doch wahrlich aus der Glosse „romani" nichts gegen die Annahme französischer Herkunft folgern.

[2]) Sie ist vielmehr bekanntermassen nur eine freie Bearbeitung des Breviars und daher in Hänel's Lex Romana Visigothorum neben den übrigen abgekürzten Bearbeitungen dieses Gesetzbuches als Epitome S. Galli mit abgedruckt.

von anderem, ein blosser Beweis der Bekanntschaft gewiss nicht genügen, sondern es müsste erwiesen werden, dass das Breviar in irgend einem sicher aus Italien stammenden Lehrbuche oder ähnlichen juristischen Werke wirklich in irgend erheblicher Weise berücksichtigt worden sei. Ein solcher Beweis steht aber vorerst noch zu erwarten, und Schupfer selbst sagt (in seiner ersten Abhandlung § 27): „La diffusione del breviario in Italia è cosa che non ammette dubbio: d'altronde non era legge accettata nel foro".

Ich benutze die Gelegenheit zur Mittheilung einiger Notizen über die Vaticanische Handschrift, welche von allgemeinerem Interesse sein könnten.

Erstlich enthält diese Handschrift f. 1—24a, von der nämlichen Hand wie der Brachylogus geschrieben, das sog. Tübinger Rechtsbuch. Da nun dieses, wenigstens in seiner Tübinger — doch muthmasslich in allem Wesentlichen mit der Vaticanischen übereinstimmenden — Gestalt nachweisbar Frankreich angehört,[1]) so steigt die Wahrscheinlichkeit gleicher Heimat des Brachylogus.

Sodann schien Niebuhr die Interlinearglosse des Brachylogus von späterer Hand geschrieben zu sein als der Text, und Salvioli neigt ebenfalls zu der Ansicht, dass Text und Glosse (auch die Randglosse?) nicht von derselben Hand geschrieben seien. Herr Wenck schrieb mir darüber folgendes:

> „Text und Glossen — letztere finden sich am Rand und zwischen dem Text — sind von gleicher Hand geschrieben, die Tinte hat verschiedene Färbung, erst blass, dann schwarz, dann wieder blass. Zwischen schwarztintigem Text, z. B. f. 35 folg., finden sich blasstintige Glossen."

Herr Dümmler dagegen schreibt mir, was sich freilich nur auf die Eine Stelle bezieht, um deren Untersuchung ich ihn bat:

> „Wichtig dürfte noch sein, dass „certum" in Rasur mit derselben blassen Tinte von derselben Hand geschrieben ist wie die Glossen, während der Text mit dunklerer

[1]) Vgl. meine Ausgabe der Glosse zu den Exceptiones Legum Romanorum des Petrus (Halle 1874) S. 27.

Tinte von derselben oder einer sehr ähnlichen, jedenfalls gleichzeitigen Hand geschrieben ist."

Dass die Interlinearglossen mindestens nicht späteren Ursprunges sein können als die Randglossen, glaube ich in meiner Eingangs genannten Schrift S. 2 aus sachlichen Gründen sattsam erwiesen zu haben.

Schliesslich kann ich zu meinem Bedauern nicht unterlassen, auch in Ansehung der von Salvioli geschehenen Veröffentlichung der Vaticanischen Glossen die grösste Vorsicht zu empfehlen. Denn erstens gibt er die Glossen nicht vollständig, sondern nur, „soweit sie noch nicht bekannt sind", versteht diesen Vorbehalt aber wiederum nicht bloss von denjenigen, welche in der Böcking'schen Ausgabe als Vaticanische (mit V) bezeichnet sind, sondern von allen in dieser Ausgabe vorfindlichen, wenn auch aus anderen Quellen, namentlich aus der Senneton'schen Ausgabe, geschöpften, freilich ohne auch hierin irgend consequent zu sein. Schon dies macht seine Arbeit völlig werthlos; denn selbst bei sorgfältigster Vergleichung derselben mit der Böcking'schen Ausgabe kann niemand ermitteln, welche Glossen nun wirklich in der Vaticanischen Handschrift stehen. Zweitens ist es aber auch nicht einmal annähernd richtig, dass Salvioli's Publication alle noch nicht bekannten Vaticanischen Glossen enthielte. Denn ausser vielen anderen fehlt z. B. gleich die in meiner mehrerwähnten Schrift Anm. 4 (S. 3) mitgetheilte zu Böck. p. 42 v. 10 bona fide: „Item differentia, quia hic non requiritur titulus". (Oder sollte hier S. meiner Schrift die Ehre erwiesen haben, eine darin beiläufig abgedruckte, vorher noch nicht veröffentlichte Glosse zu den „bekannten" zu rechnen?) Drittens endlich ist die Wiedergabe der von S. veröffentlichten Glossen durchweg überaus incorrect. Denn z. B. gleich die erste derselben zu Böck. 41, 4 temporis—definiti lautet (nach Schrader's Abschrift) nicht „trienn*is*" sondern „trienn*ii*", die dritte zu Böck. 42, 11 alienavit natürlich nicht: „est alterius rem facere" sondern: „alienare est a. r. f.", die fünfte zu Böck. 44, 3 sine legali interpellatione (nicht legati) nicht: „ut litis contestation*em*", sondern: „ut litis contestation*e*" u. s. w.

Je weniger aber sonach Salvioli's Unternehmen befriedigen kann, um so mehr drängt sich Angesichts der Wichtigkeit,

welche neuerdings der Brachylogus für die Arbeiten über mittelalterliche Literärgeschichte gewonnen hat, der Wunsch auf, dass recht bald eine für solche Arbeiten wirklich brauchbare und den heutigen Ansprüchen genügende Ausgabe des Rechtsbuches sowie seiner verschiedenen Glossen erscheinen möchte. Es würde, dünkt mich, eine würdige Aufgabe der Savigny-Stiftung sein, eine solche Ausgabe zu veranlassen.

Halle, im Februar 1884.

Litteratur

Jousserandot, Louis, Prof. de Pandectes à la faculté de droit de l'université de Genève, l'édit perpétuel, restitué et commenté. Paris, A. Marescq aîné, 1883. (T. I, XXXV u. 529 S., t. II, 696 S.)

Der Verfasser liebt die Römer nicht. Le Romain est avare, cruel, fourbe, profondément égoiste (I, p. X). Das war er von jeher und das ist er geblieben. Le vieux droit civil de Rome est l'expression brutale des instincts juridiques d'une population peu nombreuse d'aventuriers de bonne maison peut-être, mais rudes et grossiers (I, p. IX). Die Legisactionen sind des pièges tendus à la bonne foi (I, p. XIII). Das kann dem Verf. nicht gefallen, um so weniger, als der Quirite der 12 Tafeln nicht etwa ein ganz roher Barbar, sondern déjà raffiné ist: er treibt ja Luxus bei Begräbnissen und hat nach tab. X, 8 seinen Zahnarzt (I, p. XI). Aber dies raffinement, hat es ihn etwa den Ideen zugänglicher gemacht, sans lesquelles il n'y a pas de civilisation possible? Ganz und gar nicht. Il n'y a en lui rien d'humain que sa personne physique (I, p. XI): dieser selbe Römer, der sich falsche Zähne einsetzen lässt, haut seinen insolventen Schuldner in Stücke. Und der Römer zu Ende der Republik ist um kein Haar besser (I, p. XIII). Jusqu'au siècle de Cicéron, et malgré les protestations des jurisconsultes, l'idée de Justice est antiromaine. Jusqu'à cette époque le dol reste impuni et sa victime ne peut obtenir aucune indemnité. Cela est le digne pendant de l'histoire de ce plaideur du temps des Legis actiones, dont on avait coupé les vignes etc. Der römische Eigentums-

begriff resümirt sich in dem Wort capere, prendre par force ou par ruse, comme à la guerre: notion bien digne d'une horde de pillards. Ein wahres Glück, dass aus diesem Sündenpfuhl doch auch eine kleine Anzahl verständiger Männer hervorging: nicht dem römischen Volksgeist, wie man bisher wohl glaubte, verdanken wir le véritable droit Romain, ce monument impérissable, sondern dem jahrhundertelangen Kampf der römischen Juristen *gegen* jenen Geist. Wie es zuging, dass dieser Kampf Erfolg haben konnte, die Erklärung dieses Wunders mag man bei dem Verfasser nachlesen. Genug, dass er vor dem véritable droit Romain allen Respect hat, dass er sogar nichts davon wissen will, den Unterricht im römischen Recht auf die Institutionen Justinians zu beschränken, und dass er statt dessen vorschlägt, das edictum perpetuum zur Grundlage dieses Unterrichts zu machen. Dieser Gedanke führte ihn dazu, die vorliegende Restitution nebst Commentar zu verfassen.

Was nun hier für die Bereicherung des Albums geleistet ist, das übersteigt die kühnsten Erwartungen. Mit einer Unbefangenheit ohne Gleichen reconstruirt der Verf. Edicte und Formeln zu Dutzenden, dass es eine wahre Freude ist. Hier seien nur wenige Proben angeführt.

T. I p. 275 belehrt uns der Verfasser, dass in den bonae fidei iudicia die Compensation sich ipso iure vollzieht; p. 279 zeigt er uns unter der Ueberschrift „compensatio in judicia (kein Druckfehler: vgl. t. II p. 608) bonae fidei", wie er sich dies ipso iure compensari denkt:

> Iudex esto. S. p. N^m N^m A^o A^o dare oportere amplius quam A^s A^s N^o N^o debet, judex, quidquid ob eam rem arbitratu tuo N^m N^m A^o A^o dare oportet, N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.

Der Verf. (I. p. 399 sqq.) fand zu seiner Verwunderung in den deutschen Edictsrestitutionen das Eherecht nicht genügend berücksichtigt: les auteurs allemands ont sans doute pensé que le préteur n'avait pas eu à connaître de matières aussi importantes et qui devaient donner lieu à tant de contestations. So klein denkt der Verf. vom Prätor nicht; er füllt die Lücke aus, beschenkt dabei die lateinische Sprache gelegentlich mit dem Wort socera und kommt unter anderm zu folgender Formel:

> Iudex esto. Quod N^s N^s A^i A^i filius adoptivus et emancipatus uxorem duxit Luciam Titiam quae A^i A^i uxor fuit, quanti ea res est, judex, N^m N^m A^o A^o condemna, nisi matrimonium dirimat, s. n. p. a.

In c. 21 de lib. causa (7.16) ist gesagt[1]):

> Eam, quae in possessione libertatis non sine dolo malo reperitur, in servitutem constitutae simile habere praeiudicium edicto perpetuo „si controversia erit, utrum ex servitute in libertatem petatur an ex libertate in servitutem" sui conceptione manifeste probatur, nec quicquam ancillae dolus proprii iuris dominis aufert.

Hieraus hat Verf. folgendes einzige Edict gemacht (t. II p. 226):

---

1) Vgl. dazu mein Ed. perp. S. 305 fg. 309.

Si controversia erit utrum ex servitute in libertatem petatur an ex libertate in servitutem, sui conceptionem manifeste probare jubebo.

In französischer Uebersetzung:

S'il y a contestation, soit qu'on demande la liberté pour une personne en servitude, soit qu'on revendique comme esclave une personne libre, j'ordonnerai au demandeur de prouver clairement sa prétention.

Dem Leser dieser Zeitschrift wird der Einblick genügen, den obige Beispiele in die Sprach- und Sachkenntnisse des Verfassers eröffnen; der Kritik entsinkt gegenüber einem Buch solchen Kalibers die Feder.

Kiel. O. Lenel.

Dr. E. Landsberg, Die Glosse des Accursius und ihre Lehre vom Eigenthum. Rechts- und dogmengeschichtliche Untersuchung. XXI u. 348 S. 8. Leipzig, F. A. Brockhaus. 1883.

Das Buch ist dem Andenken Stintzings gewidmet und aus Stintzings Schule hervorgegangen. Der Verf. hat sich durch seine Untersuchung über die Entstehung der Regel: „Quidquid non agnoscit glossa etc." vorteilhaft in die juristische Litteratur eingeführt. Derselbe hat auf dem mit seiner Erstlingsschrift betretenen Gebiet der mittelalterlichen Rechtsgeschichte rüstig weiter gearbeitet. Derartige mühsame Arbeit ist nützlich für den Verf. und für die Wissenschaft. Die Kenntnis des Bildes des römischen Rechts, wie es sich spiegelte in den Köpfen der mittelalterlichen Juristen, bietet nicht bloss rein historisches Interesse, sondern sie ist auch der Schlüssel, welcher uns die Einsicht in zahlreiche Neubildungen einer späteren Zeit eröffnet. Vielleicht wären (es ist das eine subjective Mutmassung von mir) andere Gebiete in letzterer Beziehung noch interessanter, als das der Eigentumslehre, weil sie mehr Neubildungen aufweisen. Aber auch die uns dargebotene Untersuchung ist des Dankes wert.

Dem speziellen Teile gehen allgemeine Erörterungen über die Glossatorenschule voraus. Das Problem des plötzlichen Aufblühens der Glossatorenschule wird besprochen. Mit Fitting glaubt der Verf. an eine vorbononiensische Pflege der Wissenschaft der römischen Rechts; mit Ficker an einen Zusammenhang der Glossatoren mit der longobardischen Rechtsschule hinsichtlich Methode und Form. Richtig ist, dass beide Hypothesen sich nicht widersprechen, sondern kombinierbar sind. Höchst unsicher dünkt mir der aus der Gl. Nunciari ad l. 15 D. de serv. pr. u. gezogene Schluss auf eine glossatorische Quellenbehandlung vor Irnerius. Wer bürgt dafür, dass nicht Accursius in der am Schlusse mit den Siglen des Irnerius und des Johannes Bassianus

bezeichneten Glosse einen Mischmasch fremder und eigener Worte vorträgt, und dass nicht die von Accursius im Anschluss an Irnerius und Johannes verworfene „solutio antiqua" sich auf eine zwischen Irnerius und Accursius gelegene Interpretation bezieht?

Die Revue über die einzelnen Glossatoren von Irnerius bis auf Accursius bietet nichts Neues. Auch die Würdigung der Glossatorenschule im allgemeinen bewegt sich in gefahrenen Geleisen, ist übrigens formell gut abgerundet. Den Leistungen des Accursius ist ein besonderer Paragraph gewidmet, in welchem nach vernünftiger Abwägung der Licht- und Schattenseiten seiner kolossalen Arbeit ein ziemlich wohlwollendes Schlussurteil herauskommt. In der That muss man dem Accursius trotz aller Schwächen, Mängel und Eigenheiten das Verdienst lassen, dass er in seinem Sammelwerk uns ein im Ganzen getreues Gesamtbild des von der Glossatorenschule produzierten wissenschaftlichen Materials überliefert hat, ein Verdienst, das man umso höher anschlagen wird, je mehr man an die Schwierigkeiten denkt, welche ohne solches Sammelwerk ein Ueberblick über die zerstreute Litteratur den folgenden Jahrhunderten gemacht hätte.

Nur ganz kurz werden die Postglossatoren charakterisiert und ihre Beeinflussung durch die spätere Scholastik erwähnt.

Ein Verzeichnis der vom Verf. benutzten Ausgaben der vorbononiensischen Werke und Glossatorenschriften schliest den allgemeinen Teil.

Der zweite Teil rekonstruiert systematisch die Eigentumslehre auf Grund der Glosse. Der Begriff des ius in re wird von den Glossatoren auf der actio in rem aufgebaut. Der Gegensatz ist die obligatio mit der actio in personam. Zwischen a. in rem und a. in personam kennen sie noch kein Mittelglied. Erst Spätere haben den unklaren Begriff der actiones personales in rem scriptae eingeschoben; der Verf. meint, dass auch der in späterer Zeit zwischen ius in re und obligatio eingefügte Begriff des ius ad rem den Glossatoren ganz unbekannt sei, und die von v. Brünneck in seiner Schrift „der Ursprung des sog. ius ad rem" citierte Gl. Iure ad leg. 15 C. de rei vind. 3, 32 enthält in der That nichts, was für die Annahme eines ius ad rem zu verwerten wäre. Zufällig ist mir aber eine Glosse bekannt, welche doch mindestens einen Ansatz zu dem ius ad rem enthält; dies ist die Gl. Istas causas zu l. 66 § 6 D. de leg. II. Sie behandelt die Frage, ob das Legat einer dem Bedachten gehörigen Sache dadurch, dass der Testator ein Recht an der Sache habe, gültig werde. Im Verlaufe dieser Erörterung heisst es:

> „Aut ergo testator habet ius in re vel pro re legatarii aut extra rem, licet propter rem legatarii. Si in re, ut hypothecae vel ius superficiei vel simile, unde habet utilem in rem; et tunc valet legatum rei legatarii . . . Item si pro re, ut quia legatarius debet eam testatori ex venditione vel alia causa: et tunc idem . . . In tertio quando extra rem, puta servitutem, pro qua habeo confessoriam, quae extra rem datur licet pro servitute rei inhaerenti: et tunc sive personalis sit

sive realis, sive testator sive alius habeat haec iura in re legatarii, non valet."

Hier wird der obligatorische Anspruch auf Uebertragung einer Sache als ius pro re bezeichnet und mitten zwischen Pfandrecht, Superficies und Servituten angeführt. — Auch Landsbergs Behauptung, dass die Realexekution von Accursius nicht einem bloss obligatorisch Verpflichteten gegenüber gewährt worden sei, scheint mir der Korrektur zu bedürfen. In der Gl. Condemnandus est ad leg. 68 D. de r. v. heisst es wenigstens:

„Nam alias ubicunque ex obligatione quis tenetur dare, ad rem debet condemnari . . . Non tamen iuratur in litem, nisi actio sit arbitiaria . . . . A simili si est condemnatus dare vel tradere praecise, manu militari cogatur ad hoc, non tamen in litem iuretur."

Ganz sicher ist mir der Sinn dieser Stelle freilich nicht, zumal im weiteren Verlauf wieder von Interdikten geredet wird; aber sehr wahrscheinlich ist doch, dass damit die Realexekution bei obligatorischen Ansprüchen auf dare einer speziellen Sache anerkannt ist.

Die Auffassung der Glosse vom Eigentum ist im wesentlichen eine der römischen adäquate. Dominium utile nennt die Glosse das Verhältnis dessen zur Sache, welcher zur Erlangung derselben die vindicatio utilis hat. Dadurch gelangt sie zunächst dazu, zwei so verschiedene Gruppen von Rechten, wie das Recht der Frau auf die zu restituierenden Dotalsachen und das des Soldaten auf die mit seinem Gelde gekauften Sachen einerseits und die Rechte des Emphyteuten und Superficiars andererseits, unter die gleiche Rubrik zu stellen, wozu sich dann gemäss der später zu erwähnenden Ansicht über die Wirkung der Immobilienersitzung noch das dominium utile des Präskribenten gesellte. Wenn sich hiernach das Trugbild des dominium utile im Sinne des Nutzungseigentums bei den Glossatoren noch nicht findet, so ist doch sicher, dass die bereits bei den Glossatoren eingerissene, in der Verkoppelung ganz verschiedenartiger Rechtsverhältnisse sich offenbarende Unklarheit des mit dem Worte d. u. zu verbindenden Begriffs die nachfolgende Missbildung eines zwiespaltigen Eigentums hat vorbereiten helfen.

In der Lehre vom Eigentumserwerb halten die Glossatoren fest an dem Erfordernisse der Tradition. Mit den Stellen, welche wirkliche oder scheinbare Ausnahmen enthalten, finden sie sich in formeller oder künstlicher Weise ab; mit l. 16 D. de fundo dot. z. B. durch die Unterstellung einer in Abwesenheit und ohne Wissen des Drittbesitzers vorgegangenen inductio des Mannes in fundum. Dass diese Stelle in ihrem ursprünglichen Sinne gewiss von mancipatio oder in iure cessio zu verstehen ist, ist ihnen natürlich entgangen.

Der Verf. geht auf eine Reihe von Details der Traditionslehre ein, die ich in dieser Berichterstattung unmöglich reproduzieren kann. Darauf werden die Veräusserungsverbote behandelt. Dass der einem gesetzlichen Verbote zuwider Veräussernde selbst vindizieren kann, wird von

der Glosse unbedenklich anerkannt. Die dingliche Wirkungslosigkeit vertragsmässiger Veräusserungsverbote halten die Glossatoren mit Energie fest. Die von Accursius gebilligte Textveränderung in der l. 7 § 2 D. de distr. pign. ist allgemein bekannt.

In der Ersitzungslehre wird unterschieden zwischen der Ersitzung beweglicher und unbeweglicher Sachen. Nur die erstere (usucapio) führt zum vollen Eigentum; bei letzterer (praescriptio) nimmt Accursius mit der Mehrzahl der Glossatoren, entgegen der Ansicht des Martinus, nur dominium utile an. Dass der letzte Grund dieser Differenzierung in unbewussten deutschrechtlichen Anschauungen zu suchen, nach denen der Besitz bei fahrender Habe bedeutsamer, gewissermassen dem Eigentum näher ist, als bei liegendem Gute, hat einige Wahrscheinlichkeit für sich.

Nach Erörterung des Erfordernisses des Besitzes beginnt die umfassende Darstellung der Glossatorenlehre über bona fides und titulus. Ich darf nur einiges daraus hervorheben. Das von den Kanonisten aufgestellte Erfordernis der Fortdauer der b. f. wird erwähnt, aber das römische Recht trotzdem beibehalten. Der iustus titulus ist den Glossatoren nicht ein Rechtfertigungsgrund der b. f., sondern ein der letzteren koordiniertes Erfordernis der Ersitzung. Die Ausreichendheit eines titulus putativus wird im Prinzip bestritten; aber in Zulassung der Ausnahmen ist die Glosse so weitherzig, dass das angebliche Prinzip in sein Gegenteil umschlägt.

Dauer des Besitzes und Ersitzungshindernisse sind die nächsten Themata. Gelegentlich der Besprechung der auch in v. Savignys Gesch. der RR. i. M. (V. S. 288) berührten Gl. Quaerere ad leg. 5. C. in quibus causis 2, 41 „vel secundum Placentinum hic biberat Iustinianus et non recordabatur de illis legibus“ führt der Verf. aus, dass ein gewisser Zusammenhang zwischen Accursius und der Autorenreihe Bulgarus, Johannes Bassianus, Azo und ein ablehnendes Verhalten des Accursius gegenüber Martinus und Placentinus wahrnehmbar sei. An diesen Gegensatz knüpft der Verf. die Vermutung, dass Accursius boshafter Weise dem Placentinus die obige, durch Weglassung der Worte „de letheo fonte“ entstandene Platitude unterschoben haben möchte.

Die ausserordentliche Ersitzung erscheint in der Glosse nicht als Eigentumserwerb. Zwar gegen dritte Besitzer hat der Präskribent vindicatio utilis, aber nicht gegen den Eigentümer; diesem gegenüber kann er sich nur, wenn er im Besitze ist, durch Einrede schützen.

Aus der Okkupationslehre war mir von Interesse die in der Glosse Ingrediatur zu § 12 I. de r. d. auftauchende, allerdings in andern Glossen wieder aufgegebene Ansicht, dass derjenige, welcher gegen Verbot auf fremdem Grunde jagt, nicht Eigentümer der erlegten Tiere werden soll.

In der Lehre vom Fruchterwerbe des bonae fidei possessor wird die Unterscheidung zwischen fructus naturales und industriales aufgestellt; erstere sind diejenigen „qui nec bonae fidei possessoris nec alius hominis facto proveniunt“; dieselben fallen in das Eigentum des Grundeigentümers; sind sie verzehrt oder veräussert, so haftet der

b. f. p. auf die Bereicherung. Die fr. industriales dagegen gewinnt der b. f. p. zum vollen Eigentum. Dass sich die vindicatio des Eigentümers auf die fr. industr. erstreckt, welche zur Zeit der Vindikation der Hauptsache sich noch im Besitz des b. f. p. befinden, wird aus dem officium judicis erklärt. Die Unterscheidung der Glosse zwischen den fr. nat. und industr. wurde von zahlreichen Späteren, zuletzt noch von Unterholzner, verteidigt.

In der Vindikationslehre sind die verschiedenen Präsumtionen von Interesse, mittels deren die Glossatoren die Schwierigkeiten des Eigentumsbeweises zu umgehen suchen. Placentinus ist in solchen Präsumtionen am stärksten. Er versteigt sich bis zu der Behauptung, „quod eo ipso, quod quis possidet vel possederit, dominus praesumitur, et vindicat si a possessione cadit". Azo und Accursius missbilligen diese und andere Beweiserleichterungen. Und doch scheint mir der Verf. etwas zu weit zu gehen, wenn er sagt, dass Placentinus allein stehe und dass seine Ideen für die Glosse einflusslos gewesen seien. An einer Stelle, wo man Erörterungen des Eigentumsbeweises allerdings nicht sucht, nämlich am Ende der Gl. Amoveri potest zu l. 27 pr. D. de cond. inst. 28, 7 kehrt derselbe Gedanke ohne jede Reprobation, vielmehr als Argument, in folgender Fassung wieder: „Si quis utatur re ut dominus, quod praesumitur dominus, licet non sit; quia possidet". Diese Glosse hat keine Sigle. Sie widerlegt natürlich nicht die Thatsache, dass Azo und Accursius an den Eigentumsbeweis strengere Anforderungen stellten. Aber sie dürfte doch Zweifel daran erregen, dass die Placentinischen Ideen ganz vereinzelt standen. Die Erleichterung des Eigentumsbeweises mittels Präsumtionen wurde von den Postglossatoren weitergebildet. Man pflegt darin Einflüsse germanischer Ideen zu finden. Mir ist das nicht zweifellos. Ich meine, jene Erscheinungen liessen sich auch aus dem praktischen Bedürfnisse, die Schwierigkeiten der formalen Beweisführung zu überwinden, wohl erklären, ohne solche Einflüsse zu Hülfe zu nehmen.

Bei der actio negatoria gelange ich in einem Punkte zu einem andern Ergebnis als Landsberg. Dieser behauptet, Accursius habe die a. n. im weitesten Umfange und nicht bloss gegen denjenigen zugelassen, welcher sich eine Servitut angemasst hatte. Ich meine, die Glossatoren seien der Ansicht gewesen, dass die a. n. nur bei Anmassung einer Servitut zulässig sei. L. giebt zu, dass die Gl. Ita habere zu l. 14 § 1 D. si serv. vind. gegen seine Behauptung spricht. Aber auch die für seine Ansicht citierten Glossen (s. S. 319) scheinen mir nicht dafür, sondern eher dagegen zu sprechen (vgl. insbesondere die Worte: „quia dicam in hoc eam mihi servire" in der Gl. Invito zu l. 26 D. de serv. urb. praed.)

Ich habe beim Studium des speziellen Teils eine grosse Zahl, vielleicht die Mehrzahl, der in Betracht kommenden Glossen nachgeschlagen und kann daher dem Verf. das Zeugnis ausstellen, dass er nicht bloss in der Hauptsache, sondern auch in den Details zuverlässige Arbeit geliefert hat. Die wenigen Meinungsverschiedenheiten, denen ich in der Berichterstattung Ausdruck gab, können dies Zeugnis nur bekräftigen.

Mehrmals deutet der Verf. an, dass er vorhabe, sich mit den Postglossatoren zu beschäftigen. Möge der Vorsatz zur That werden!

Greifswald, Januar 1884.

L. Seuffert.

H. Erman (jetzt Professor in Lausanne), Zur Geschichte der römischen Quittungen und Solutionsakte. Berlin, Puttkammer & Mühlbrecht. 1883. 82 S. 8.

Das vorliegende vortreffliche Buch unternimmt es, in eines der dunkelsten Gebiete des römischen Rechtes, in die Geschichte der Quittungen und Solutionsakte, auf Grund eingehendster Quellenstudien neues Licht zu bringen. Die Arbeit ist, wie uns Dernburg im Vorwort und der Verf. im Eingang des zweiten Abschnittes mittheilt, aus einem für das Bruns'sche Seminar angefertigten Aufsatz entstanden, welcher die Frage behandelte, ob die mündlichen pompejaner Quittungen Acceptilationen seien. So behandelt der erste Abschnitt, überschrieben „Die habere-Quittung" mit besonderer Genauigkeit den pompejanischen Fund, während der zweite bei weitem umfangreichere Abschnitt vornehmlich die Frage zu lösen sucht, in welchem Verhältniss die Verbalsolution zur Zahlung stehe. —

Der Gang der Untersuchung des ersten Abschnittes ist kurz folgender:

Die Römer der Republik quittirten nicht wie die der Kaiserzeit mit „accepisse", sondern mit „habere"; diese Anwendung des habere wird hauptsächlich bewiesen durch die Acceptilation, welche bis ins byzantinische Recht hinein die Formel „habesne acceptum? habeo" aufweist. Nun zeigen die pompejaner Quittungen, welche sich in zwei Klassen, in die jüngeren handschriftlichen Empfangsbekenntnisse und die älteren Referaturkunden über mündliche Quittungsakte scheiden, in jenen mit verschwindenden Ausnahmen „accepisse", in diesen fast ausschliesslich „habere" als Quittungswort. Verf. wendet sich gegen die von Mommsen aufgestellte und schon von Bruns bekämpfte Hypothese, dass die pompejaner Referatquittungen Beurkundungen verbaler Acceptilationen seien. Mit Bruns vermisst er in jenen Quittungen die Rogation und betont, dass die geflissentliche Vermeidung einer participialen oder infinitivischen Beifügung des „accipere" zu dem „habere" (acceptum habere, accepisse et habere) auf die Absicht hindeute, jeder Verwechselung der Quittungen mit Acceptilationen vorzubeugen. — Des weiteren beweist Verf. die ursprüngliche Mündlichkeit der habere-Quittung und den endlichen Sieg des schriftlichen chirographum (jener ersten Klasse der pompejaner Quittungen) über die Referaturkunde, die ein sehr schwerfälliges Beweisverfahren mit sich brachte. Eine

Folge der habere-Quittung ist, dass sie Gewaltunterworfenen, die eben nichts „habere“ können, im Gegensatz zum accepisse-Bekenntniss unzugänglich ist. —

Der zweite Abschnitt, überschrieben „Verhältniss der imaginaria solutio zur Zahlung“ wählt sich aus den drei Formen der Scheinzahlung, der Litteralsolution, der solutio per aes et libram und der Verbalsolution speziell die Letztere für jene Untersuchung aus. Als die ursprüngliche Terminologie der Verbalsolution wird aus den Quellen „acceptum (am, um), accepto: rogare-facere“ eruirt. Facere mit doppeltem Accusativ bedeutet aber „zu etwas machen“; durch Vornahme des Aktes macht der Gläubiger die Obligation juristisch zur erfüllten. „Acceptam facere pecuniam, sponsionem, bezeichnet also zwar keineswegs die begrifflich ohne, wohl aber die auch ohne Erfüllung eintretende Obligationstilgung“. Der Akt wurde danach „von Anfang an als Disposition des Gläubigers, als Zerstörung der Obligation durch seinen Willen aufgefasst.“ Für acceptum facere ward zunächst acceptilatio gebräuchlich, woraus acceptum ferre entstand. Die Erklärung hierfür findet der Verf. in dem schon von Voigt betonten Zusammenhang von Bucheintragung [acceptum (re)ferre] und Verbalsolution.

Nach einigen kürzeren, sehr sorgfältigen Betrachtungen der Formel der solutio per aes et libram, der Sätze: „in partem solutio per aes et libram fieri nequit“, „verbis verba ea demum resolvi possunt quae inter se congruunt“ und „eodem modo vinculum obligationum solvitur quo quaeri adsolet“ kommt der Verf. zu der sehr bestrittenen Frage, ob die imaginariae solutiones Beweis der Zahlung oder Disposition seien. Bezüglich der Litteralsolution sind für eine Lösung der Frage Anhaltspunkte bei dem gegenwärtigen Stande der Untersuchungen nicht zu gewinnen. Die solutio per aes et libram ist nach dem Verf. offenbar Disposition. Hinsichtlich der Verbalsolution tritt der Verf., wie schon seine oben skizzirten Formelstudien gezeigt haben, mit Windscheid gegen Fitting für die Dispositionsnatur ein, indem er sehr richtig bemerkt, dass hier das Entscheidende in dem „acceptum facere“ liege. Der Gläubiger liefere damit nicht bloss einen Beweis gegen sich, sondern hebe seine Forderung auf, indem er sie juristisch zur erfüllten mache. — Nach einer kurzen Erörterung des Quittungseinwandes behandelt der Verf. die Frage, ob die Acceptilation gegenüber der blossen Quittung praktisch nachtheilig gewesen sei. Wenn dies aber, wie wenigstens für das erste Jahrhundert n. Chr. nachgewiesen wird, nicht der Fall war, so kann man die geflissentliche Vermeidung der Acceptilationsform in den pompejanischen Quittungen nicht aus juristischen, sondern lediglich aus geschäftlichen Gründen erklären; es mochte „dem römischen Geschäftsmanne nicht lieb sein, obwohl Acceptilation den Juristen für vortheilhafter galt, wenn eine thatsächlich bezahlte Schuld, wie eine bloss formell acceptoficirte aussah“.

Die Acceptilation bedeutet nach alledem nicht einen Beweis der Zahlung, aber auch nicht, wie Windscheid und Roemer wollen, eine vertragsmässig zahlungslose Quittung oder eine erlassweise abgegebene

Quittung des heutigen römischen Rechts. Die acceptilatio ist keine blosse Quittung, sondern eine solutio, nämlich eine imaginaria solutio, d. h. eine zahlungsgleiche Aufhebung der Obligation. „Velut solvisse videtur is qui acceptilatione solutus est.“ Die Idee der Zahlungsähnlichkeit der Verbalsolution ist von den römischen Juristen consequent durchgeführt worden.

Die Frage, wann solennen Obligationen gegenüber die unförmliche Zahlung anerkannt worden sei, beantwortet der Verf. zum Schluss, entgegen den bisher aufgestellten Hypothesen, rücksichtlich der solutio per aes et libram und der Verbalsolution — die dunkle Litteralsolution wird wiederum aus dem Spiel gelassen — mit Verweisung mindestens auf des Plautus Zeit. „In ‚historischer‘ Zeit bestand also die Identität von Zahlung und imaginaria solutio nicht mehr.“ Ueber den früheren Zustand kann man mit Wahrscheinlichkeit die Unwirksamkeit der unförmlichen Zahlung (ohne Hinzutreten des Aktes) behaupten; nach Gaius ist jeder Faktor für sich geeignet, die Obligation aufzuheben. Ob die reelle Leistung von jeher fehlen konnte, oder wie ihre Nothwendigkeit fortfiel, bleibt dunkel.

Dies ist in grossen Zügen der Gang der Erman'schen Gedanken. Wenn eine Ausstellung gemacht werden kann, so muss man sagen, dass die Form der Arbeit das Gewicht der Gedanken nicht völlig zu tragen vermag, dass eine schärfere Präcisirung der Ziele des Verf., eine bequemere Uebersicht über die Buntheit des Stoffes die Lektüre dieses werthvollen Buches wesentlich erleichtert haben würde. Von anderen spezielleren Einwendungen ist hier abzusehen. Aber auch so involvirt die Erman'sche Studie einen bedeutenden Fortschritt in der Geschichte der Quittungen und Solutionsakte des römischen Rechts, einen Fortschritt, den nachfolgende Bearbeiter dieser Lehre lebhaft empfinden werden.

Strassburg i. E.

Dr. Friedrich Freund.

Institutionum graeca paraphrasis Theophilo antecessori vulgo tributa ad fidem librorum manu scriptorum recensuit prolegomenis notis criticis versione latina instruxit E. C. Ferrini antecessor Ticinensis. Pars prior. Berolini apud S. Calvary eiusque socios. MDCCCLXXXIV. 8.

Das Bedürfniss des griechisch redenden Orients und insbesondere der Rechtschulen zu Beryt und Konstantinopel hat die dortigen Rechtslehrer alsbald nach der Publication der Iustinianeischen Gesetzbücher veranlasst, mehr oder minder ausführliche griechische Bearbeitungen derselben unter möglichstem Anschluss an den Text abzufassen. Man

nannte diese Bearbeitungen Ἴνδικες d. i. soviel als Indicationes des Textinhaltes. Indices des Codex verfassten Isidorus und Thalelaeus, Indices einzelner Partes oder libri singulares der Digesten Theophilus, Theodorus, Isidorus, der ganzen Digesten Dorotheus. Erst später schritt man zur Abfassung von Auszügen oder Summen, die σύντομοι oder zuweilen auch Indices genannt wurden (vgl. meine Gesch. des Griechisch-röm. Rechts, 2. Aufl., S. 5 ff.). Von einer solchen griechischen Summa der Institutionen finden sich Spuren in den Regulae Institutionum (in meinen Ἀνέκδ. p. 170 ff.), in der Collectio tripartita constitutionum ecclesiasticarum (Voell. II, p. 1308. 1310), in den ῥοπαὶ (3, 9. 27, 1) und in der Appendix Eclogae (in meinen Ἀνέκδ. p. 193). Die uns vorliegende griechische Bearbeitung der Institutionen aber ist ein Index der ersteren Art, den man im Abendlande nicht ganz passend eine Paraphrase genannt hat.

So unzweifelhaft für Jeden, der sich nur einiger Massen mit den Quellen des Byzantinischen Rechts beschäftigt hat, das hohe Alter des Werkes ist, so sehr mag man zweifeln, ob wirklich der Antecessor Theophilus, der Mitverfasser der Iustinianeischen Institutionen, als Urheber desselben bezeichnet werden darf, oder ob nicht der Verfasser völlig — d. h. selbst dem Namen nach — unbekannt ist.

Diese Frage bespricht der Herausgeber in den Prolegomenen, und stellt die Vermuthung auf, dass der Name des Verfassers auf einem Missverständniss beruhe, dessen sich die restaurirte Rechtsschule zu Konstantinopel im XI. oder XII. Jahrhundert schuldig gemacht habe.

Für die Autorschaft des Antecessor Theophilus sprechen folgende Gründe: 1. Das Zeugniss der HSS. des Werkes. Wir erfahren erstmals durch den Herausgeber, dass der Titel Ἰνστιτοῦτα oder Ἰνστιτουτίονες Θεοφίλου ἀντικένσορος nicht eine Erfindung früherer Herausgeber, sondern durch Handschriften des XI. Jahrhunderts beglaubigt ist (p. IX not. 1, p. 95).

2. In Scholien und anderen Schriften wird Theophilus ausdrücklich als Verfasser genannt. Derartige Stellen sind mir folgende aufgestossen:

Zunächst ein Scholium zu dem Buche selbst lib. II tit. 18 § 1, wo die ἡνίοχοι zu den infames gerechnet werden, der Scholiast aber bemerkt, dass derselbe Theophilus in seinem Index der ersten Pars der Digesten die ἡνιόχους nicht als turpes personas bezeichne. Sodann eine Reihe von neueren Scholien zu den Basiliken, und zwar in der Heimbach'schen Ausgabe to. I p. 612 (ὁ Θεόφιλος ἐν τῷ κ' τί. βι. γ' τῶν ἰνστιτούτων), p. 772 (ὁ Θεόφιλος scil. Inst. III, 25, 7), to. II p. 100 (ὁ Θεόφιλος ἐν τῷ κθ' τί. τῆς γ' τῶν ἰνστιτούτ.), p. 397 (ὁ Θεόφιλος scil. Inst. II, 10, 6), to. III, p. 193 (ἐν τῇ δ' ἰνστιτ. τί. δ' λέγει ὁ Θεόφιλος).

Endlich citirt der Verfasser der Abhandlung von den Peculien den Θεόφιλος ἐν τῷ ιβ' τί. τῆς β' ἰνστιτουτιῶνος (Heimbach Ἀνέκδ. II p. 258)[1].

---

[1]) Dass in dem Werke selbst auf die Vorlesungen über die Digesten-

Prüft man diese Zeugnisse genauer, so beweisen sie nur, dass man im 11. und 12. Jahrhundert den Titel *Ἰνστιτοῦτα Θεοφίλου ἀντικένσορος*, welcher sich in den in dieser Zeit geschriebenen und im Gebrauch befindlichen Handschriften vorfindet, so verstanden hat, als ob durch denselben Theophilus als der Verfasser der griechischen Bearbeitung hätte bezeichnet werden sollen. Alle diese Handschriften scheinen übrigens auf einer einzigen Grundlage zu beruhen, indem allen gemein ist das Fehlen des ersten Titels im ersten Buche. Und alle die angeführten Gründe für die Autorschaft des Theophilus reduciren sich mithin schliesslich darauf, dass die griechische Bearbeitung der Institutionen der restaurirten Rechtsschule zu Konstantinopel durch eine am Anfang defecte Handschrift bekannt geworden ist, welche den angeführten Titel gab. Mag nun aber auch dieser Titel der ursprüngliche sein, so ist doch zweifelhaft, ob der Titel bedeuten soll, dass Theophilus die griechische Bearbeitung gemacht habe, oder ob gesagt werden sollte, dass dieselbe eine Bearbeitung derjenigen Institutionen sei, deren Hauptverfasser der Antecessor Theophilus gewesen sei. Versteht man den Titel so (— also anders als die angeführten Scholiasten und Juristen des XI. und XII. Jahrhunderts —) und lässt mithin dahingestellt, wer der Verfasser der griechischen Bearbeitung sei, so ist es nicht mehr auffallend, dass im Proömium Theophilus als dritte Person mit allen seinen Würden und Verdiensten aufgeführt ist. Ebenso nimmt es alsdann weniger Wunder, dass die Juristen des 6. und 7. Jahrhunderts, die doch den Theophilus als Verfasser eines Index der drei ersten Partes der Digesten mit Vorliebe citiren, unsere griechische Bearbeitung der Institutionen ignoriren[1]). (Auffallender Weise findet sich nämlich die erste Spur der Existenz dieser Bearbeitung im *Πρόχειρος νόμος*, der aus derselben mehrere Stellen entlehnt hat.)

Hält man das Gesagte zusammen mit den Ausführungen des Herausgebers, so wird man nicht umhin können einzuräumen, dass seine auch noch durch andere Gründe unterstützte Hypothese über die Autorschaft einen nicht geringen Grad von Wahrscheinlichkeit für sich hat.

Nicht minderen Anspruch auf Wahrscheinlichkeit hat eine andere Vermuthung des Herausgebers, welche in näherer Beziehung zu dem Texte des Werkes selbst steht. Er nimmt an, dass die griechische Bearbeitung auf einer (— wegen der Verwandtschaft mit dem Syrisch-römischen Rechtsbuche —) wohl in Beryt gefertigten *κατὰ πόδας* Uebersetzung der Commentare des Gaius beruhe, welche dem neuen Texte

---

pars de iudiciis verwiesen wird (Inst. 4, 6, 20), rechtfertigt keineswegs den Schluss, dass hier Theophilus auf seinen Index verweise.

[1]) Entgegen dem Herausgeber glaube ich, dass Thalelaeus und Stephanus dieselbe nicht kennen oder doch nicht benutzen; dies beweisen meines Erachtens verschiedene Scholien der Basiliken, und zwar namentlich die in Heimbachs Ausgabe I p. 362 sch. *Ὁ ὑπεξούσιος*, p. 370 sch. *Στεφάνου*, p. 382 sch. *Ἄλλη ἑρμηνεία*, p. 789 sch. 2, und im Suppl. p. 1. 22. 35. sch. 1. 103. 188.

der Iustinianeischen Institutionen angepasst worden sei. Die Gründe für diese Vermuthung werden in den Prolegomenen nicht ausgeführt. Der Herausgeber verweist vielmehr lediglich auf seine in den Rendiconti del R. Istituto Lombardo erschienene Abhandlung, in welcher er den Nachweis zu führen gesucht hat, dass die rechtsgeschichtlichen Bemerkungen in den griechischen Institutionen fast ausschliesslich aus den Commentaren des Gaius geschöpft sind, und zwar aus einer griechischen Uebersetzung derselben, welche vor Erlass der kaiserlichen Institutionen gefertigt worden war, und von welcher sich in der griechischen Bearbeitung dieser Institutionen mancherlei Bruchstücke erhalten haben. Es würde zu weit führen, wollte ich hier einen Auszug dieser lehrreichen Abhandlung geben. Ich will nur, im Interesse der Freunde solcher Studien, den Wunsch aussprechen, dass Herr Ferrini diese seine Untersuchungen zu einem Excurse der vorliegenden Ausgabe verarbeiten möchte.

Ein zweiter Excurs wird wohl für eine ausführlichere Beschreibung und Beurtheilung der Handschriften nothwendig werden. Dass ich in meiner Delineatio p. 26 den Cod. Basil. 115 als hierher gehörig angeführt hatte, hat der Herausgeber mit Recht als einen Irrthum bezeichnet: ich war einer irrigen Mittheilung des jüngeren Heimbach gefolgt. Der Herausgeber irrt seinerseits, indem er p. XV den Bruxellensis 403 für den Egnatianus ausgiebt: vielmehr gehörte der Palatinus früher dem Egnatius, und aus ihm ist im J. 1533 von einem Griechen Namens Konstantin für Viglius Zuichemus die Brüssler HS. abgeschrieben, wie in derselben deutlich gesagt wird. Ebenso irrt der Herausgeber, wenn er p. 7 not. 9 von einem Codex vetus Salmasii spricht: er hat hier Reitz missverstanden. Die in England in der Bibliothek des Sir Thomas Phillipps zu Middlehill (Worcestershire) befindliche HS., deren der Herausgeber gedenkt, stammt aus der bibliotheca Celotti nro. 291; sie enthält das Werk griechisch und lateinisch: ist auf Papier in Quart angeblich im 15(?) Jahrhundert geschrieben. (Unter dem minor Codex Politiani — p. 42 not. a — ist wohl ein Laurentianus zu verstehen.) — Der Herausgeber führt an, dass die jüngeren HSS. einen von den älteren etwas abweichenden Text enthalten. Ein solches Modernisiren der Sprache älterer Schriftwerke ist vielfach zu bemerken. So ist der Text des *Πρόχειρος νόμος* (Ende des IX. Jahrhunderts) in dem Prochiron auctum (um 1300) der Sprache der neueren Zeit angepasst: so haben die griechischen Literaten, welche im XV. und XVI. Jahrhundert in Italien sich theilweise durch Abschreiben älterer HSS. ihren Lebensunterhalt beschaffen mussten, häufig die alten Texte nach ihrer grammatischen Einsicht corrigirt. Es kann aber nur gebilligt werden, dass in der vorliegenden Ausgabe die älteren Texte befolgt, die modernisirten Lesarten aber in die Anmerkungen verwiesen worden sind. Für jene bilden zwei HSS., die Messinaer (nach der von Cario gefertigten Collation) und der vom Herausgeber verglichene Laurentianus LXXX, 1 die Grundlage: für diese hat der Herausgeber die übrigen florentinischen, die römischen und die Turiner ganz oder doch probeweise verglichen.

Da für die Lesarten der Venetianer und Pariser HSS. die daraus geschöpften Ausgaben von Viglius [1]) und Fabrot verglichen worden sind, so erscheint der kritische Apparat des Herausgebers als durchaus genügend.

Mit besonderer Sorgfalt sind die in den griechischen Institutionen so zahlreich beibehaltenen lateinischen Worte und Kunstausdrücke behandelt, indem dieselben genau nach der Schreibart der alten HSS. und mit der in denselben vorkommenden Accentuation wiedergegeben sind. In einer Abhandlung in den Rendiconti del R. Istituto Lombardo hat sich der Herausgeber über die Regeln, nach welchen die lateinischen Wörter in den alten HSS. geschrieben werden, in durchaus zutreffender Weise wie folgt geäussert:

> „Nicht blos das Wort selbst wird mit lateinischen Buchstaben geschrieben, sondern soweit es das Alphabet ermöglicht auch die Endung, z. B. debitoros, factu, abstinateuómenos (jedoch factω, abstinateuεσθαι). Die Endung wird nicht präcisirt, wo sich die lateinische Flexionsform in einem Kunstausdrucke gewissermassen kristalisirt hat, z. B. ἡ mandati, sonst mandatu ἐνοχή. Die lateinischen Wörter auf ον oder on passen sich analog den correspondirenden griechischen Endungen an, z. B. traditiωn traditionos, traditioni, traditiona, creditωr, creditoros u. s. w. Die Feminina auf a erleiden ähnliche Flexionsänderungen z. B. publicianη publicianης, pigneraticia, pigneraticias u. s. w. Auch die Namen der Kaiser und der Juristen, sowie die der Gesetze werden meist mit lateinischen Buchstaben geschrieben: Augustos Traianos Adrianos (stets ohne H) Papianos (sic) Iulianos Celsos, ὁ νόμος Aelios Sentios, Iulios u. s. w. Endlich die technischen römischen Namen in Beispielen: Titios Maevios Seĭos, ὁ Primos u. s. w. Eine constante Ausnahme macht ληγάτον mit den Ableitungen ληγατεύω λεγατάριος, und zwischen ἤδικτον und edicton wird geschwankt. Zuletzt ist zu bemerken, dass auch die mit lateinischen Buchstaben geschriebenen Wörter accentuirt werden, natürlich nach den Regeln der griechischen Prosodie (?), Titios Titíu, condictícios pigneraticía u. s. w.“

(Dass der Herausgeber diese Accentuation sorgfältig wiedergiebt, ist dankbar anzuerkennen. Sie ist begreiflicher Weise dieselbe ge-

[1]) Bei Beurtheilung der Ausgabe des Viglius ist das letzte Blatt nicht zu übersehen, wo der Drucker bemerkt: Quum jam hasce Institutiones imprimere coepissemus, allatum est nobis aliud exemplar ab ipso Viglio ad utriusque veteris codicis (cuius in praefatione mentio fit) collationem recognitum. Itaque quae illic ad eum usque locum (pag. 96?) ad quem perveneramus emendata comperimus, honestum judicavimus paucis annotare. deinceps vero recognitum exemplar sequuti sumus. Dem Herausgeber ist dies nicht entgangen. Aber es entsteht daraus eine gewisse Unsicherheit darüber, ob die betreffende Lesart auf einer HS. und auf welcher beruht, oder ob sie eine Conjectur des Viglius ist.

blieben, als man anfing, die Wörter mit griechischen statt mit lateinischen Buchstaben zu schreiben. Wir ersehen daraus, wie oft in neueren Ausgaben byzantinischer Rechtsquellen bei solchen Wörtern gegen die richtige Accentuation gesündigt worden ist.)

Dem griechischen Texte gegenüber liefert die vorliegende Ausgabe eine lateinische Uebersetzung, non veterem illam Curtianam, wie der Herausgeber sagt, neque eam quam Fabrotus emendavit aut Reitzius foedavit, set quae mihi potissimum probaretur. Eine Uebersetzung mag übrigens sein wie sie will, sie kann niemals den Mangel einer Kenntniss des Griechischen ersetzen: nur das Verstehen des griechischen Textes kann vor Missverständnissen schützen.

Zum Schlusse dieser Anzeige darf ich nicht verschweigen, dass die Ausgabe durch zahlreiche Druckfehler verunstaltet ist. Es mag dies veranlasst sein durch die Entfernung des Herausgebers von dem Druckorte, aber es ist sehr zu beklagen, dass dem Anspruch der Ausgabe auf kritische Akribie dadurch nicht wenig Eintrag geschieht.

Zachariä von Lingenthal.

Dott. Ferdinando Piccinelli, Il pegno di servitù prediali. Appunti intorno alle leggi 11 § 3, 12 Dig. de pignoribus et hypothecis XX, 1. Firenze, Tipografia Cenniniana 1884. 98 S. 8.

Die vorliegende kleine Schrift behandelt die vielbesprochene Frage der Verpfändung von Servituten. Nach einer kurzen Einleitung, in der die beiden Pandektenstellen (l. 11 § 3 und l. 12 D. 20, 1) angeführt werden, geht der Verfasser in Abschnitt I zu der Theorie der Glosse über, die er als unjuristisch und willkürlich verwirft. In Abschnitt II giebt er von Bartolus und Baldus bis herunter zu Windscheid und Puchta eine Uebersicht über die Meinungen der Anhänger des von ihm sog. „chronologischen Systemes" (Unterscheidung zwischen servitù da costituire und servitù già costituite). Abschnitt III behandelt das „utilitarische" oder „oeconomische System", welches den Zwiespalt zwischen l. 11 § 3 und l. 12 citt. lediglich aus dem Gesichtspunkte der utilitas lösen will. In Abschnitt IV kommt die „moderne deutsche Schule" an die Reihe (sonderbarerweise wird Hepp hier immer Kepp genannt), und Abschnitt V behandelt dann „la minoranza" (Goeppert, Keller und Eisele).

Bis hierher (S. 53) ist die Arbeit eigentlich nur eine Compilation aus der einschlägigen Litteratur.

Von grösserem Interesse ist Abschnitt VI, in welchem der Verfasser seine eigene Ansicht entwickelt. Nach seiner Meinung ist der historische Weg derjenige, auf welchem man allein zu einer einigermassen ge-

nügenden Erklärung der citirten Stellen gelangen kann. Der Verfasser untersucht zunächst die geschichtliche Entwicklung der Servituten und weist mit Hülfe der Geschichte der Ersitzung von Servituten und an der Hand von Stellen wie l. 3 pr. D. 43, 20 nach, dass die Römer stets das öffentliche Wohl höher stellten als das strictum ius, und dass sie sich daher nicht scheuten, letzteres zu durchbrechen, so oft es das allgemeine Wohl forderte (p. 60). Dieselbe Erscheinung finde sich auch in der historischen Entwicklung des Pfandrechts. Vergegenwärtige man sich nun den Wortlaut der l. 12 cit. „quae sententia propter utilitatem contrahentium (folgeweise der Gesellschaft) admittenda est", so müsse man zu der Erklärung kommen, dass hier wie in anderen Fällen (cf. den Ausspruch Iulians „multa autem iure civili contra rationem disputandi pro utilitate communi recepta esse") eine Durchbrechung des strengen Rechts zu Gunsten des allgemeinen Wohles, welches ja doch finis et scopus totius iuris sei, stattgefunden habe. Wenn man entgegnen wolle, bei servitutes praediorum urbanorum sei aber, wie Marcian in l. 11 § 3 cit. ausdrücklich bezeuge, eine Verpfändung nicht statthaft, und doch könne das allgemeine Wohl hier ebensogut eine Verpfändung nothwendig machen wie bei servitutes p. r., so sei dieser Einwand nicht stichhaltig. L. 11 § 3 sei mit l. 12 cit. logisch und grammatikalisch durch „sed" verbunden, der Gesichtspunkt der utilitas müsse deshalb auch bei den servitutes p. r. zur Geltung kommen. Es sei nur quaestio facti, ob die Verpfändung einer Urbanalservitut zu Recht bestehe oder nicht; es komme darauf an, ob die utilitas eine derartige sei, dass sie dem strictum ius derogiren könne. „Oh erano troppo logici i Romani per non riconoscere agli stessi principii medesime conseguenze!"

Meiner Ansicht nach ist das Resultat der Ausführungen des Verfassers völlig unhaltbar. Dass das Römische Recht es hätte quaestio facti sein lassen sollen, ob im einzelnen Falle eine Urbanalservitut als Pfand bestellt werden durfte oder nicht, ist von vornherein undenkbar. Dazu kommt aber, dass der Wortlaut der beiden Stellen und ihre Verbindung durch „sed" eine Auslegung wie die des Verfassers durchaus verbieten. L. 11 § 3 sagt schlechtweg Urbanalservituten können nicht verpfändet bezw. pfandweise bestellt werden (s. u.); l. 12 sagt, bei servitutes itineris, actus, viae, aquaeductus dagegen pignoris conventio locum habet, weil es von Nutzen für die Contrahenten ist. Wer daraus folgert, bei vorhandener utilitas sei Verpfändung bezw. pfandweise Bestellung auch bei Urbanalservituten zulässig, kann nicht logisch denken. Ueberhaupt aber ist mit der Erklärung der Stellen lediglich ex utilitate contrahentium wenig geholfen, wenngleich soviel zweifellos ist, dass in den Schlussworten der l. 12 eine Hindeutung darauf liegt, dass im Interesse des Verkehrs hier irgend etwas Ausnahmsweises gestattet werde.

Allerdings aber glaube auch ich, dass eine Erklärung der Stellen auf historischem Wege sich wird erreichen lassen.

Die ältesten Servituten waren die servitus itineris, actus, viae und aquaeductus; dieselben waren res mancipi. Als solche konnten sie

fiduciirt werden ; darin lag keine Bestellung ad tempus; es wurde nur eine Verpflichtung zur Remancipation begründet. Schon früh wurde eine durch Interdicte geschützte quasi possessio an diesen Servituten möglich. Als nun das pignus neben die fiducia trat, war die Ausdehnung des pignus auf diese Servituten gegeben. An einer servitus praed. urb. konnte weder eine fiducia noch ein pignus constituirt werden; fiducia nicht, weil servitutes praed. urb. nicht res mancipi waren, pignus nicht, weil der einzige Schutz des creditor pigneraticius in den possessorischen Interdicten bestand, bei servitutes praed. urb. aber keine possessorischen Interdicte vorkommen (Vangerow Pand. Bd. I § 368 S. 924). Da nun Urbanalservituten nicht Gegenstand eines pignus sein konnten, war auch die hypotheca nicht auf sie anwendbar und dabei blieb es auch später.

L. 12 cit. spricht nun überhaupt bloss vom pignus; der Ausdruck pactio, den Rudorff dagegen anführt, erklärt sich auf andere Weise (s.u.). Auf Grund des Zusammenhanges zwischen l. 11 § 3 und l. 12 citt. ist jedoch anzunehmen, dass alles, was Gegenstand des pignus sein kann, auch Gegenstand der Hypothek ist. L. 12 fragt aber nicht, ob ein pignus an servitus itineris, actus, viae, aquaeductus möglich sei, sondern nimmt dies stillschweigend an. Dafür spricht neben der oben gegebenen geschichtlichen Entwicklung auch der Wortlaut der Stelle selbst. Es ist nicht gefragt, an servitus itineris etc... pignori dari possint, wie in l. 11 § 3, sondern, an ... pignoris conventio locum habeat. Ich meine daher die in l. 12 aufgeworfene Frage ist lediglich die, ob ein dem pignus d. h. der pfandweisen Bestellung einer servitus itineris etc. hinzugefügtes pactum de vendendo zu Recht bestehe. Man wird zu dieser Auslegung unwillkürlich gedrängt, wenn man die bei Gaius II, 64 sich findende Formel „ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur“ und l. 8 § 3 D. 13, 7 „.... pactusque sim, ut nisi sua quaque die pecunia soluta esset, vendere eam rem mihi liceret ...“ mit dem Wortlaute unserer Stelle und Ausdrücken wie pignoris conventio, pactio vergleicht und bedenkt, dass die Verkaufsberedung überhaupt erst kurz vor Ulpians Blüthezeit zum naturale negotii wurde (l. 4 D. 13, 7). Da konnte Pomponius wohl die Frage aufwerfen, an viae, itineris, actus, aquaeductus pignoris conventio locum habeat, denn der Verkauf einer pfandweise bestellten Servitut (eis servitutibus utatur .. et vendere eas liceat) durch den Pfandgläubiger war geeignet, die ganze Servitutenlehre zu erschüttern. Juristisch konnte die Veräusserung nicht erklärt werden; sie liess sich lediglich aus einer auf der Hand liegenden utilitas contrahentium rechtfertigen.

Zum Schluss möchte ich noch zwei Punkte erwähnen. Der Verfasser ist der Meinung, dass es sich bei der Interpretation der l. 12 cit. nur um die pfandweise Bestellung einer Servitut, nicht um die Verpfändung einer bestehenden Servitut handele. Hierin ist dem Verfasser glaube ich ohne Weiteres beizustimmen. Nach Lang's Meinung bedarf die entgegengesetzte Ansicht keiner Widerlegung mehr. Sodann nimmt der Verfasser an, die Möglichkeit einer pfandweisen Bestellung

bestehe für alle Rusticalservituten. Meiner Ansicht nach muss man den Wortlaut der Stelle mehr respectiren und die genannte Möglichkeit nur für die s. itineris, viae, actus und aquaeductus behaupten, umsomehr da m. E. nur sie res mancipi waren und nur für sie ursprünglich possessorische Interdicte bestanden.

Auf Abschnitt VII, in welchem die neuere französische und italienische Gesetzgebung besprochen wird, brauche ich nicht einzugehen. Abschnitt VIII zieht noch einmal kurz die gewonnenen Resultate.

Hannover. Dr. Herbert Pernice.

J. Ofner, Der Servitutenbegriff nach römischem und österreichischem Recht. Wien 1884. 90 S. 8.

Im Jahre 1874 machte M. Voigt den Versuch nachzuweisen, dass die juristische Construction der Dienstbarkeiten zur Zeit der Republik eine andere gewesen sei, als in der Kaiserzeit. Er nahm an, dass der Servitutenbegriff sich an den ältern Prädialservituten gebildet habe, dass die republikanischen Juristen dieselben nicht als Rechte an fremder Sache, sondern als „Zubehörigkeitsrechte" an demjenigen Stücke des Grund und Bodens angesehen hätten, an und auf welchem die Ausübung der Gerechtigkeiten selbst sich vollzog, und dass diese Auffassung einer andern Rechtsanschauung Platz gemacht hätte seit dem Momente, wo man Servituten anerkannte wie z. B. die servitus proiiciendi und luminum, welche nicht mehr einen begrenzten Theil des betreffenden Gesammtareals in jener eminenten Weise zu ihrem Dienste in Anspruch nehmen.

Die vorliegende Schrift behandelt, soweit sie hier interessirt (S. 1—36), dasselbe Thema, kommt aber im wesentlichen zu entgegengesetzten Resultaten. Der Verfasser bespricht in Abschnitt A die gemeinrechtliche Doktrin. Er polemisirt zunächst gegen die herrschende Anschauung, welche in der Servitut das unübertragbare Sachenrecht sieht, und verwirft dieselbe, weil sie kein Merkmal enthalte, weil sie sophistisch und falsch sei. Die von Windscheid und Kuntze vertretene Ansicht, dass das Kennzeichen aller Servituten darin bestehe, dass sie die Sache, an der sie stattfinden, in beschränktem Masse erfassen, sodass das Eigenthum ihnen gegenüber immer das Hauptrecht bleibt, ist nach der Meinung des Verfassers nur historisch richtig, rechtfertigt dagegen nicht eine Servitutengruppe im System. Der dritten Theorie (Eigenthum an einer Sachqualität) gesteht der Verfasser eine gewisse Berechtigung in der allgemeinen Anwendung zu, nicht dagegen für die Erklärung der Servituten allein.

In Abschnitt B („Der Begriff nach römischem Recht") entwickelt der Verf. auf historischem Wege die Bedeutung des Servitutenbegriffs in den römischen Rechtsquellen. Er ist der Ansicht, „dass durch eine

längere Dauer blos die Urbanalservituten als Servituten anerkannt waren, und dass neben ihnen iter, via, actus, aquaeductus als besondere Institute unter besonderem rechtlichem Schutze standen". Zur Begründung dieser Meinung führt er an a) den Schutz der Urbanalservituten durch Interdicte für das herrschende Grundstück, während für iter etc. eigene Interdicte bestehen, b) die Unverpfändbarkeit von Urbanalservituten im Gegensatze zum iter u. s. w. c) die usucapio libertatis bei Urbanalservituten, d) die ständige Verbindung der vier Rechte (iter etc.), und folgert dann: „Der Inhalt der Servitut war also nichts anderes als eine von der allgemeinen Regel unterschiedene Qualität eines Grundstücks".

Mir scheint in dieser Deduktion eine petitio principii zu liegen. Die vom Verf. für seine Ansicht geltend gemachten Gründe beweisen nur, dass die servitutes itineris, aquaeductus, viae und actus anders, als die übrigen Servituten behandelt worden, nicht aber, dass sie „besondere Institute" gewesen sind, während der Servitutenbegriff sich an den Urbanalservituten gebildet habe. Richtig und bereits von Voigt hervorgehoben ist, dass sich in der älteren Zeit keinerlei gemeinsame Theorie für Prädialservituten und ususfructus findet; allgemein anerkannt, dass die servitutes itineris, viae, actus, aquaeductus die ältesten Dienstbarkeiten sind — und daraus erklären sich eben die vom Verfasser als Argumente für seine Ansicht angeführten Eigenthümlichkeiten. Allein eben deshalb ist es von vornherein unwahrscheinlich, „dass sich die alte Anschauung von den Servituten dadurch erweiterte, dass in unbekannter Zeit, jedenfalls ziemlich früh, iter, via, actus, aquaeductus unter die Servituten aufgenommen wurden", und dass sich dann durch diese Verbindung mit Thatrechten des Grundherrn der Begriff der Prädialservitut insofern veränderte, dass an die Stelle der physischen Qualität (Qualität der Sache) die wirthschaftliche Qualität (Qualität des Grundeigenthums) trat. Der Verfasser gesteht selbst, dass er sich auf dem Boden der Conjekturen bewege; für etwas anderes als Conjekturen sind denn auch seine Darlegungen nicht zu erachten und darum zur Feststellung des Begriffs sehr wenig geeignet.

Der Verfasser behauptet weiter, andere Rechte als Urbanalservituten und iter via actus und aquaeductus seien von der römischen Jurisprudenz niemals mit allgemeiner Giltigkeit unter die Servituten aufgenommen worden. Als Beweis hierfür beruft er sich auf § 2 I. 2, 3. Iustinian erkläre hier, nachdem er iter, via, actus, aquaeductus und die Urbanalservituten angeführt habe, dass nach Einigen auch noch aquaehaustus, ius pascendi etc. zu den Servituten gerechnet würden. Diese von Iustinian erwähnten Rechte seien von denjenigen, die sie nicht als Prädialservituten betrachteten, als iura personae angesehen worden, welche jedoch nur dem Nachbar als solchem hätten verliehen werden können. Dadurch werde auch die vielfach verlästerte l. 14 § 3 D. 34, 1 verständlich. Durch § 2 I. 2, 3 seien diese iura vicini, wie man sie nennen könnte, unter die Prädialservituten aufgenommen und dadurch sei der Umfang der Prädialservituten abermals erweitert

worden, so dass nunmehr alles, was dem Interesse des herrschenden Grundstücks zu dienen vermöchte, Servitut sein könnte.

Ich glaube auch hier den Ausführungen des Verfassers widersprechen zu müssen. Iustinian sagt in § 2 cit. keineswegs, ius aquaehaustus etc. solle zu den Servituten überhaupt gerechnet werden, sodass die Annahme gerechtfertigt wäre, es sei früher zweifelhaft gewesen, ob diese Rechte als Servitut hätten bestellt werden können, vielmehr bestimmt Iustinian nur, die genannten Rechte sollten zu den Rusticalservituten gerechnet werden. § 2 I. cit. ist fast wörtlich aus dem 2. Buche von Ulpians Institutionen entnommen und es erklärt sich Ulpians und Iustinians Entscheidung vielleicht, wenn man sich an die geschichtliche Entwickelung der Rusticalservituten erinnert und dann Stellen wie l. 4 D. 8, 3; l. 32 D. 7,1; l. 37 D. 8, 3 heranzieht.

Iter, actus, via, aquaeductus waren die ältesten Grundgerechtigkeiten und res mancipi; sie gehörten nothwendig zur Hufe; im Zweifel galt der fundus im Verkehre nicht als optimus maximus; es musste die Servitutenfreiheit ausdrücklich bedungen werden. Allerdings konnten später Befugnisse, wie sie den Inhalt der servitus itineris etc. bildeten ausnahmsweise als Personalservituten eingeräumt werden (l. 1 D. 33, 2), allein der ursprüngliche Charakter dieser Servituten als Rusticalservituten wurde dadurch nicht alterirt. Anders dagegen bei den jüngeren servitutes aquaehaustus, pascendi etc. Derartige Befugnisse konnten ebensogut als Personal-, wie als Prädialservituten bestellt werden. Papinian sagt in l. 4 D. 8, 3 die servitus pascendi oder ad aquam appellendi sei unter Umständen eher für eine Prädial-, als für eine Personalservitut zu halten. Bei einer Eintheilung der Servituten mussten sich daher Zweifel erheben und diese beseitigt Iustinian durch die Bestimmung, dass die servitus aquaehaustus etc. zu den Rusticalservituten gerechnet werden solle.

Ich mag hier dem Verfasser auf das Gebiet der Conjekturen gefolgt sein, allein die Annahme desselben, es habe zwischen den Prädialservituten und dem Personalservituten zur Zeit der klassischen Juristen noch ein Mittelding gegeben, welches weder Personalservitut (wegen des Requisites des praedium vicinum), noch Prädialservitut (weil das Bedürfniss einer Person massgebend ist), gewesen sei, wird dies entschuldigen. Der Verfasser beruft sich für seine Ansicht noch auf l. 5 § 1 D. 8, 3 und l. 14 § 3 D. 34, 1. Allein die erste Stelle sagt nicht, dass ein haustus und ein appulsus pecoris, ein ius cretae eximendae und calcis coquendae einem andern nur bestellt werden könnte, wenn er ein benachbartes Grundstück habe — es würde dies der l. 32 D. 7, 1 widersprechen —; es steht nur darin, dass dies nothwendig sei, wenn jene Berechtigungen als servitutes d. h. als Prädialservituten constituirt werden sollten. Was aber l. 14 § 3 D. 34, 1 betrifft, so ist der Text, wie mit Recht einstimmig angenommen wird, verdorben.

Der Versuch des Verfassers schon für die ältere Zeit eine Theorie der Servituten nachzuweisen muss demnach, ebenso wie der von Voigt, als misslungen angesehen werden. Man hat wohl vielmehr an-

zunehmen, dass eine Theorie der Servituten bis zur Kaiserzeit überhaupt nicht bestand. Es würde sich nun fragen, wie der Begriff zu fixiren ist, und hier halte ich die Windscheid'sche Auffassung für die richtige. Die Stellung des Verfassers dazu ist oben bereits kurz angegeben. Er behauptet weiter, der ususfructus sei in seinem Inhalte mit der Emphyteuse weit verwandter, als mit den Prädialservituten. Das einzige für Prädialservituten und ususfructus gemeinsame Merkmal sei der Charakter als dingliche Rechte. Dagegen bestehe eine grosse Anzahl Verschiedenheiten zwischen beiden, welche die Prädialservituten als ein ganz eigenthümliches aus dem Nachbarrecht herausgewachsenes Institut erscheinen lassen. „Die Bildung einer engern Servitutengruppe innerhalb der iura in re mit krampfhafter Anstrengung, in Grundservituten und ususfructus eine erhöhte Aehnlichkeit zu finden, enthält dagegen ein einfaches Missverständniss dessen, was die Römer gewollt und gesagt haben."

Ich halte zunächst im Anschluss an Wächter und auf Grund der l. 14 Cod. 3, 33 die Erstreckung des Niessbrauchs nur auf den nächsten Erben für zulässig. Dass zwischen dem ususfructus und den Prädialservituten mannigfache Verschiedenheiten bestehen, ist nicht zu leugnen. Allein es muss bestritten werden, dass der ususfructus der Emphyteuse näher stehe, als den Prädialservituten, dass es lediglich der Charakter des dinglichen Rechts gewesen sei, welcher die Römer bei Zusammenfügung von Grundservituten und ususfructus leitete.

Marcian sagt in l. 1 D. 8, 1: „Servitutes aut personarum sunt, ut usus et ususfructus, aut rerum, ut servitutes rusticorum praediorum et urbanorum". Dieser Eintheilung liegt ein sehr richtiger praktischer Gesichtspunkt zu Grunde. „Die vererblichen und veräusserlichen Rechte auf die gesammte Benutzung also die sog. Erbpachtrechte, nehmen ... im praktischen Leben eine völlig andere Stellung ein als die rein persönlichen . . . Es entsteht ein dauerndes Verhältniss von Ueber- und Unterordnung, gewissermassen Ober- und Untereigenthum. Bei den rein persönlichen Niessbrauchsrechten ist davon keine Rede. Sie erscheinen als vereinzelte, meist kurze Benutzungen fremder Sachen wegen specieller Verwandschafts- oder Freundschaftsverhältnisse. Sie bewirken zwar eine temporäre Hemmung oder Schmälerung der Eigenthumsnutzung aber ohne dauernde Aenderung seines Werths und seiner Bedeutung. Eben darum stehen sie praktisch den speciellen Nutzungsarten näher, da diese auch nur unbedeutendere Beschränkungen und Schmälerungen der Benutzung des Eigenthums enthalten" (Bruns).

Diese Gesichtspunkte „rechtfertigen", wie mir scheint, sehr wohl eine „Servitutengruppe im System". Der S. 15 angeführte Vergleich passt eben nicht.

Hannover. Dr. Herbert Pernice.

P. Willems, le sénat de la république Romaine. Section II. Les attributions du sénat. Louvain et Berlin (Calvary) 1883. 784 p.

Ueber den ersten Teil dieses wertvollen und fleissigen Werkes, welcher die Zusammensetzung des republikanischen Senats behandelt, ist im III. Bande dieser Zeitschrift (1882) berichtet worden. Der vorliegende und das Werk abschliessende zweite Teil, die Funktionen des Senates darstellend, erschien Ende 1882. Der von dem Referenten in der erwähnten Besprechung geäusserte Wunsch nach einem guten Register oder detaillirten Inhaltsverzeichnis konnte zwar vor der Ausgabe dieser Abteilung nicht mehr berücksichtigt werden, jedoch stellt der Herr Verfasser, einer brieflichen Mitteilung zufolge, das Erscheinen einer table alphabétique des matières in Aussicht, und es kann nur wiederholt hervorgehoben werden, dass eine solche Uebersicht, insbesondere auch ein Quellenregister, die Brauchbarkeit des an Materien überreichen Buches nicht unwesentlich erhöhen würde.

Der Stoff des Ganzen gliedert sich in drei „Bücher". Das erste derselben (31 Seiten) behandelt das Interregnum, das zweite die auctoritas patrum gegenüber der Gemeindeversammlung, das dritte und umfangreichste (von S. 121 an) das Verhältnis des Senats zu den Magistraten. In letzterem werden Eingangs nach dem ius agendi cum patribus und der Intercession (bis S. 144) die Aeusserlichkeiten der Senatsversammlungen geschildert: Lokal, Ladung, Zeit, Pflicht zu erscheinen, Sitzungspolizei, Vorgang in der Sitzung, geschäftliche Behandlung und Redaktion der Senatsbeschlüsse. Mit der Frage nach der Pflicht der Magistrate, den Senat zu konsultiren (S. 223 fg.), lenkt sodann die Darstellung in ganz moderne Kategorien ein. Es wird zuerst die Tätigkeit des Senats im Departement des Innern und der Justiz, sodann die im Departement des Cultus untersucht. Daran schliessen sich: „Finanzen und öffentliche Arbeiten", auswärtige Angelegenheiten, Kriegsdepartement (imperium militiae) und die Verwaltung Italiens und der Provinzen. Das Schlusskapitel (S. 719 flg.) bespricht den, mit Ausnahme einer kurzen achtmonatlichen Periode des Jahres 711, stetigen Niedergang des Einflusses des Senates seit Cäsars Diktatur bis zu dem Principat Octavian's. Die additions et corrections am Schlusse (S. 773 flg.) bringen ausser Ergänzungen und Berichtigungen insbesondere ein Stellungnehmen zu einigen Ansichten Soltau's in dessen „altrömischen Volksversammlungen" und Madvig's in dessen „Verfassung und Verwaltung des römischen Staates" Band I, Schriften, die der Verfasser bei Ausarbeitung seines Werkes noch nicht hatte benutzen können.

Von dieser Gliederung des Stoffes darf die nach modernen Regierungsdepartements nicht Argwohn an ihrer Durchführbarkeit erregen, vielmehr muss gerade sie als ein glücklicher Griff bezeichnet werden. Denn gegenüber den bisherigen Darstellungen, welche die Funktionen des Senats in ziemlich zufälliger Weise gruppiren, kat die Willems'sche

den entschiedenen Vorzug, ein vollständiges und klar geordnetes Bild dieser Tätigkeiten zu entwerfen. Der römische Senat griff in alle Regierungszweige bald mehr bald weniger, am wenigsten im Gebiet der Justiz, nicht viel in dem des Cultus, ein; ausserordentliche, doch öfters wiederkehrende Handlungen finden sich dabei fast aller Orten in ziemlicher Anzahl. Von einem System ist also darinnen sowenig, wie bei der magistratischen Regierung, die Rede und ein solches liess sich mit Rücksicht auf den modernen Leser daher am besten nach den verschiedenen Richtungen der modernen Regierungsgewalt hereinbringen. Möglich und römischer würde wohl eine Anordnung nach den einzelnen Magistraturen gewesen sein, aber plastischer wirkt die befolgte Methode.

Freilich darf hiebei eine Ausstellung nicht verschwiegen werden: jenes System führt zuweilen zu Wiederholungen und zur Trennung von Zusammengehörigem. So kehrt die Massregel, die Ernennung eines Diktators herbeizuführen, bei verschiedenen Gelegenheiten wieder, anstatt einmal (etwa S. 239 flg.) erschöpfend und übersichtlich dargestellt zu werden. Auch das über die Intercession gegen Senatusconsulte zu Sagende hätte sich (S. 132 flg.) grossartiger zusammenstellen lassen. Ferner: die Abteilung „Finanzen und öffentliche Arbeiten" passt, da das römische Reich ein Budget nicht kannte, wenig ins römische Staatswesen hinein; man möchte wenigstens das bei den Staatsausgaben für die einzelnen Departements gesondert Dargestellte am liebsten in Zusammenhang mit der Schilderung dieser Departements selber finden. Endlich, so sehr es auch richtig ist, unter dem Ausdruck les provinces nicht blos die „Provinzen" im engern Sinne zu verstehen, sondern den gesammten Amtskreis der Consuln, Prätoren und Quästoren, so verstösst es doch gegen die Abteilung „Kriegsdepartement (imperium militiae)", wenn unter derselben gelegentlich der „senatus consulta de provinciis" auch die Funktionen domi z. B. der Einfluss des Senats auf die Verteilung der iurisdictio urbana (S. 543 flg. 271 flg.), sei es auch nur der Vollständigkeit halber, wiederholt behandelt werden.

Von den wichtigeren Resultaten des Verfassers sei zuvörderst seiner Ansicht über die patrum auctoritas Erwähnung getan. Sowohl beim Interregnum als bei den Gemeindebeschlüssen gebührte, wie Willems meint (S. 19—30. 38—57), die Beschlussfassung dem Gesammtsenat, nicht den patricischen Mitgliedern des Senates allein oder (nach Niebuhr's Auffassung) den Patriciern in den Curiatkomitien. Die dieser Annahme widerstrebenden Quellenzeugnisse werden für den Verfasser zum Teil dadurch beseitigt, dass er den Senat für ursprünglich und bis zur Mitte des vierten Jahrhunderts a. u. als rein patricisch betrachtet (s. Band I), namentlich aber erklärt er Cic. de domo, wo XIV, 38 in Beziehung auf den Interrex direkt gegen ihn spricht, nach dem Vorgang F. A. Wolffs für apokryph. Ich glaube nicht, dass diese Gründe haltbar sind; gegen den ersten habe ich mich in der Besprechung von Band I eingehender erklärt, die Wahrheit des zweiten muss ich, solange nicht bindendere Beweise dafür vorgebracht werden, dass die oratio de domo das Werk eines historisch unzuverlässigen Rhetors der Kaiserzeit sei, auf sich

beruhen lassen. Jedenfalls aber ist zu trennen: nur für das Interregnum ist, glaube ich, Willems der Nachweis nicht gelungen, dass auch Plebejer verfassungsmässig an der „proditio“ des stets patricischen Interrex teilgenommen haben. Dagegen den Ausschluss der Plebejer von den bei Curiat- und Centuriatgesetzen erforderlichen, bei Tribuskomitien ursprünglich (bis zum Ende des 4. Jahrhunderts a. u.) nur für Wahlen entbehrlichen, bei den concilia plebis wenigstens üblichen Senatusconsulten anzunehmen, geht in der Tat aus den vom Verfasser geltend gemachten Gründen nicht an.

Eine weitere wissenschaftliche Neuigkeit von Interesse, die einer Entdeckung gleichkommt, ist die, dass das Censuere oder ἔδοξεν in den redigirten Senatusconsulten nicht, wie man bisher nach Valerius Maximus (2, 2, 7) annahm, die Bedeutung habe, tribunicische Intercession sei ausgeblieben, sondern die, dass der Inhalt des gesammten Senatsbeschlusses en bloc durch éine discessio angenommen worden sei, während eine öftere Wiederholung des Wortes, wie im SC. de bacchanalibus und im zweiten Thisbäischen, die Mehrheit der Abstimmungen bedeute (S. 213—16). Diese Auffassung hat sehr viele Wahrscheinlichkeiten für sich, zunächst die Unwahrscheinlichkeit, dass das in Senatsbeschlüssen selbst (de bacchanal. v. 25) direkt vom Senat ausgesagte censere nur auf die Tribunen sich beziehen sollte, sodann die Tatsache, dass Valerius Maximus von der Bedeutung eines uns nirgends überlieferten T (= tribuni?), nicht von C spricht. Indessen eine Beziehung auf die Intercession muss doch wohl zugegeben werden, sonst würde es wohl heissen, wie im citirten SC. de bacchanalibus: censu*it* (scil. senatus). Mehr Personen, als die abstimmenden Senatoren, scheint also das C zu umfassen; und läge es da nicht am nächsten an alle intercessionsberechtigten Magistrate zu denken und sich das Censuere zu übersetzen: „Dieser Beschluss ging durch“? Aber die Meinung von Willems, dass jedes censuere eine erneute Abstimmung, nach dem soeben Gesagten: eine Abstimmung mit Erfolg und ohne Widerspruch: anzeige, bleibt bestehen.

Für die Leser einer juristischen Zeitschrift dürften insbesondere die Resultate des Verfassers über den Einfluss des Senates im „Departement der Justiz“ von Interesse sein. Deshalb soll hier eine gedrängte Zusammenstellung derselben folgen.

In iudiciis privatis sind im Wesentlichen nur von Bedeutung die Dispositionen, welche der Senat hinsichtlich der praetura urbana treffen kann, namentlich die Cumulation beider städtischer Präturen in einer Hand, oder mittelst Uebertragung eines militärischen Commando an die Prätoren sogar die völlige, natürlich nur vorübergehende Suspension der iurisdictio urbana (S. 271 flg.). Gelegentlich hat der Senat eine Dilation einzelner Processsachen an die Prätoren verfügt (S. 275, 4) und, was zuerst a. 583 nachgewiesen werden kann, kraft seiner Autorität in auswärtigen Angelegenheiten bei der Auswahl von Rekuperatoren für Peregrinenprocesse direkte Anweisungen erteilt (S. 276).

In iudiciis publicis kam schon bei dem Process vor der Gemeinde-

versammlung die patrum auctoritas in Wegfall (S. 63. 89) und eine eigentliche Criminaljustiz hat der Senat bis auf die letzte Periode der Republik nicht ausgeübt. Jedoch entscheidet er nach der Gracchischen Zeit ausnahmsweise, mit Suspensation der provocatio, in politischen Processen (S. 289) und es ist vorgekommen, dass ein Volksgesetz ihn in einzelnen Fällen zum Rechtsspruch delegirte (S. 700, 7). Ausserdem hat der Senat sich um wichtige Delikte, die ihm gemeldet wurden, insofern angenommen, als er Belohnungen für die Angeber aussetzte, Präventivhaft anordnete, die Magistrate zur Beantragung einer quaestio extraordinaria bei der Gemeindeversammlung veranlasste (S. 279—81). Bei Verrat und Verschwörung italischer Gemeinden gegen Rom, bei Gift- und Meuchelmordprocessen in Italien beauftragt er bereits seit der Unterwerfung Italiens direkt einen Magistrat mit peinlicher Behandlung der Sache, der bis zur lex Sempronia de provocatione kraft ius vitae ac necis unbeschränkt verfügt, aber die Schuldigen nach Rom an den Senat zur Aburteilung senden kann (S. 694—701). Seit Aufhebung der Diktatur delegirt der Senat auch in Rom den Consuln und Prätoren hie und da quaestiones extraordinariae, aber diese sind blos Untersuchungs- und Vorbereitungskommissionen für ein regelmässiges Criminalverfahren vor kompetenten Gerichten (S. 283—88). Bei den quaestiones perpetuae scheint der Senat Einfluss auf die Verteilung der Stellen von iudices quaestionis geübt zu haben und ausserordentlicher Weise hat er einzelnen Magistraten das Präsidium in einer quaestio oder die Leitung eines einzelnen Processes darinnen übertragen (S. 289—97).

Im Administrativverfahren finden sich begreiflicher Weise ebenfalls Eingriffe des Senats in den Rechtsgang. So die Sistirung der Exekution gegen Staatsschuldner, ein Eingriff in die Funktion der vom Senat ohnehin völlig abhängigen städtischen Quästoren (S. 377/78); ferner die Annahme von Denunciationen wegen peculatus, dessen Aburteilung aber nicht vom Senat ausging (S. 403, 461 flg.).

Unter den Finanzen des Justizdepartements figurirt ausser den schon erwähnten vom Senat ausgesetzten Prämien nur noch die Restitution Cicero's, wegen Zerstörung seines Hauses und Confiskation seines Vermögens, auf Staatskosten (S. 391/2).

Mit dem Ende der Republik, bereits unter Cäsars Diktatur, beginnt aber eine ausgedehntere Tätigkeit des römischen Senates in Criminalsachen. Der Diktator bedient sich des Senats zur Abwälzung der Verantwortlichkeit odioser Strafverfügungen (S. 731 flg.), der Senat erklärt zu Feinden des Vaterlandes und verfügt Vermögensconfiskationen (S. 753. 755), unter dem Triumvirat tritt er sogar völlig, Octavian zu Gefallen, in die Rolle der quaestiones perpetuae ein (S. 767). Aus solchen Tatsachen gewinnt man den Eindruck: lägen uns aus dieser Uebergangszeit und der unmittelbar darauf folgenden zahlreichere und genauere Berichte vor, als wir sie haben, es liesse sich wahrscheinlich auch beim Senat (wie beim Princeps selbst) das Ueberraschende einer unter dem Principat auftauchenden umfassenden Criminalgerichtsbarkeit durch den Nachweis stetiger Entwickelung beseitigen.

Referent vermisst bei Willems eine Berührung der Frage nach der Begnadigungskompetenz des Senates. Referent hat diese Frage erörtert, ist aber durch das Willems'sche Buch daran erinnert worden, dass es von Bedeutung sein würde, die Stellung der patrum auctoritas zu den einzelnen begnadigenden Volksbeschlüssen zu kennen und präcisiren zu können. Insofern der Senat solche Volksbeschlüsse durch die Magistrate so gut wie in anderen Dingen veranlassen könnte und veranlasst hätte, würde sich sogar der Begriff der Senatskompetenz in Begnadigungssachen erweitern.

Gegen Mommsen wenden sich Willems' Ansichten nicht selten. Die Hauptdifferenzen betreffen wohl die Datirung der lex Maenia, welche W. schon auf 416 a. u. ansetzt (S. 70—73), und das Recht des Senats zur Verteilung der konsularischen Provinzen, das Willems auf ein Gesetz von 527, anstatt auf die lex Sempronia de provinciis zurückführt (S. 531 flg. 563, 1).

Ist es vergönnt, auch dieses Referat wieder mit einem Wunsche zu schliessen, so würde es der sein, der Herr Verfasser möge seine Arbeit nun weiter auf den Senat der Kaiserzeit erstrecken. Mit solchem Rüstzeug ausgestattet, wie er, dürfte wohl schwerlich Jemand diesen Schritt tun können und es wäre fast zu bedauern, wenn er unterbliebe.

Rostock. J. Merkel.

Von dem Curatorium der Savigny-Stiftung

sind der Redaktion

1. eine Mitteilung der Kais. Akademie der Wissenschaften zu Wien an dasselbe vom 27. Jänner 1883,
2. ein Plan des Herrn Dr. Paul Ewald in Berlin, z. Z. Mitarbeiter der *Monumenta Germaniae historica,* betreffend
   „eine, mit Unterstützung der Savigny-Stiftung zu veranstaltende Edition der s. g. Avellanischen Sammlung"
   vom 7. Jänner 1883 als Anlage zu 1,
3. eine Mitteilung des Generalsekretärs der Kais. Akademie der Wissenschaften an das Curatorium der Savigny-Stiftung vom 9. Juli 1883,
4. eine Mitteilung desselben Curatorium an die unterzeichnete Redaktion vom 29. Februar 1884, *ad* 3 u. 4 in Betreff der Kosten des Unternehmens

zugegangen. Wir werden die Schriftstücke *in extenso* in der germanistischen Abteilung dieses Bandes zum Abdruck bringen.

Für die Redaktion Hugo Böhlau.



Preisaufgabe.

Die Fürstlich Jablonowskische Gesellschaft in Leipzig stellt als Preisaufgabe für das Jahr 1887:

„Eine geschichtliche Darstellung der Socialverhältnisse der Landwirthschaft im Byzantinischen Reiche, wenigstens von Iustinian dem Gr. bis zum lateinischen Kaiserthume."

Die technischen Verhältnisse der Landwirthschaft sollen dabei nur insofern berücksichtigt werden, als sie für die socialen von nachweislich grosser Bedeutung sind. — Preis 1000 Mark.

Druckfehler-Berichtigung.

S. 144 Z. 19 v. o. lies: zwingenden statt dringenden.
S. 164 Z. 11 v. o. lies: erzeugten statt erzeugenden.

